

MASTER'S THESIS

Mediation in het arbeidsrecht

Onderzoek naar de inspanningsverplichting voor werkgever en werknemer op basis van goed werkgever- en werknemerschap en de Wet verbetering poortwachter

Wiersum-Kempe, J.M.

Award date:
2020

Awarding institution:
Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 04. May. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



Mediation in het arbeidsrecht

Onderzoek naar de inspanningsverplichting voor werkgever en werknemer op basis van goed werkgever- en werknemerschap en de Wet verbetering poortwachter.

Naam:	J.M. Wiersum-Kempe
Studentnummer:	851878145
Begeleider:	mw. mr. H.J.M. Severeijns-Wijenbergh
Examinator:	dhr. prof. dr. J.G.J. Rinkes
Aantal woorden:	15288 woorden
Inleverdatum:	28 juni 2020

Voorwoord

Voor u ligt mijn masterscriptie waarmee, na een opeenstapeling van diploma's, dan toch eindelijk het eind van mijn 'studentenleven' is bereikt. Het opstapelen van juridische diploma's is in 2008 eigenlijk per toeval begonnen. Tijdens mijn opleiding MBO Juridisch medewerker zakelijke dienstverlening is de liefde voor het juridische vak ontstaan. Die liefde heeft zich verder mogen ontwikkelen op het HBO en nu uiteindelijk ook met deze master.

De onderwerpkeuze van deze scriptie is eigenlijk ook per toeval ontstaan. Door te kijken naar de wereld om mij heen kwam ik met mediation in het arbeidsrecht in aanraking. Persoonlijk vind ik mediation een mooie vorm van conflictbemiddeling, omdat je als partijen zelf zoveel invloed hebt op het proces en de uitkomst. Daarnaast is arbeidsrecht een rechtsgebied dat mij altijd blijft intrigeren. Als werknemer heb je vaak het gevoel dat de baas alles bepaalt, terwijl als je de wet er op na slaat, je als werknemer behoorlijk wat meer rechten hebt dan je vaak denkt. Daarom was het een logische keuze om te schrijven over mediation en arbeidsrecht.

Graag wil ik nog aan een aantal personen mijn dank uitspreken voor de hulp tijdens het schrijven van de scriptie en het volgen van deze master. Ik wil de heer Rinkes en mevrouw Severeijns-Weijenbergh bedanken voor hun begeleiding. Ook mijn ouders wil ik bedanken voor hun geduld en het aanhoren van mijn talloze overpijnzingen gedurende de hele opleiding. En als laatste, maar absoluut niet als minst belangrijkste, mijn echtgenoot en zoontje. Bedankt Sjak voor de steun, het geduld en de ruimte die jij mij hebt gegeven om deze master af te ronden. Bedankt Levi voor jouw steun die je op geheel eigen wijze gaf en de talloze middagdutjes die je deed waardoor ik net even wat beter door kon werken.

Marieke Wiersum-Kempe
Juni 2020

Inhoud

1. Inleiding	4
1.1 Aanleiding	4
1.2 Probleemstelling	4
1.3 Afbakening van het onderzoek	4
1.4 Opzet van het onderzoek	5
2. Mediation	6
2.1. Kenmerken mediation	6
2.1.1. Vrijwilligheid	6
2.1.2. Vrijblijvendheid	7
2.1.3. Vertrouwelijkheid	7
2.1.4. Vrijheid	8
2.2. Het mediationtraject	8
2.2.1. De mediator	9
2.2.2. De partijen	10
2.3. Mediation en regelgeving	10
2.4. Voor- en nadelen van mediation	11
2.5. Tussenconclusie	12
3. Beginselen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap	13
3.1 Goed werkgeverschap	14
3.2 Goed werknemerschap	17
3.3 Tussenconclusie	18
4. Wet verbetering poortwachter	19
4.1. Verplichtingen werkgever	19
4.2. Verplichtingen werknemer	21
4.3. Tussenconclusie	22
5. Mediation in arbeidsrelaties	24
5.1. De partijen en het traject	24
5.2. De stap naar de arbeidsmediator	25
5.3. De uitkomst	26
5.4. Voordelen en nadelen van arbeidsmediation	26
5.5. Tussenconclusie	27
6. Mediation via de bedrijfsarts	28
6.1. De Werkwijzer en de Richtlijn	28
6.2. Preventieve mediation?	30

6.3.	Tussenconclusie.....	30
7.	Conclusie	31
7.1.	Het (arbeids)mediationtraject en de mediator	31
7.2.	Inspanningen van de werkgever	31
7.2.1.	Goed werkgeverschap	31
7.2.2.	Werkgever en WVP	32
7.3.	Inspanningen van de werknemer	32
7.4.	Slotsom.....	33
8.	Literatuurlijst	34
9.	Jurisprudentielijst	37

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Een conflict op het werk is één van de grootste factoren die tot ziekte bij werknemers leidt.¹ In de Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden 2018 werd er aan de werknemers ook gevraagd of er sprake was van een kort en/of langdurig conflict met collega's, leidinggevende en/of werkgever. Deze vraag beantwoordde 30,2 % bevestigend.² Deze vraag is niet meer letterlijk terug te vinden in de Nationale Arbeidsomstandigheden Enquête 2019. Wel blijkt uit de Enquête 2019 dat 36,9 % van de ondervraagde werknemers werkdruk en werkstress als belangrijkste oorzaak zien van hun klachten die lijden tot verzuim.³ Werkdruk en werkstress kunnen beiden de aanleiding of het gevolg zijn van een arbeidsconflict.

Om een conflict te beëindigen kan er gebruik gemaakt worden van conflictbemiddeling. Een vorm van conflictbemiddeling is mediation. Volgens de Mediatorsfederatie Nederland blijkt 72 % van de mediations met succes te worden afgesloten.⁴ Een geweldige slagingskans, dus deze vorm van conflictsbemiddeling zou zoveel mogelijk moeten worden toegepast, zou men denken. Mediation is echter gebaseerd op vrijwilligheid. Hierdoor kan deze vorm van conflictbemiddeling alleen plaatsvinden als alle partijen hiermee instemmen.⁵ Wil een van partijen niet starten met mediation, dan is de kous daarmee af. Besluit een van partijen halverwege het traject er geen heil meer in te zien, ook dan houdt het daarmee op.

1.2 Probleemstelling

Deze vrijwilligheid geldt ook voor mediationtrajecten tussen werkgever en werknemer. Maar werkgever en werknemer moeten zich wel 'goed' tegenover elkaar gedragen op basis van het geldende arbeidsrecht. Zorgt deze norm van 'goed' gedrag er niet indirect voor dat werkgever en werknemer eigenlijk wel verplicht zijn om zich in te spannen om een conflict tot een goed einde te brengen?

Hieruit vloeit de volgende onderzoeksvraag voort, die in deze scriptie centraal staat:
"Welke inspanning vereist een mediationtraject in een arbeidsrelatie, gezien vanuit de juridische beginselen van goed werkgever- en werknemerschap, onder andere in verband met de Wet verbetering poortwachter?"

1.3 Afbakening van het onderzoek

Dit onderzoek richt zich op de inspanningsverplichting van werkgever en werknemer in het kader van een conflict dat uiteindelijk leidt tot een mediationtraject. Daarbij wordt gekeken naar de inspanningen voor werkgever en werknemer die voortvloeien uit art. 7:611 BW, goedwerkgeverschap en goedwerknemerschap, en de Wet verbetering poortwachter.

Met inspanningen wordt bedoeld op de houding, de gedragsnormen en de acties die van werkgever en werknemer worden verwacht. Het onderzoek richt zich alleen op de relatie tussen werkgever en werknemer. Eventuele verplichtingen tussen werknemers onderling worden verder buiten beschouwing gelaten.

Met betrekking tot het goedwerkgeverschap en goedwerknemerschap ligt de focus op normen die betrekking hebben op het gedrag van de werknemer en de werkgever en hoe werkgever en werknemer moeten handelen in een conflictsituatie. Andere aspecten van het goedwerkgeverschap en goedwerknemerschap worden verder buiten beschouwing gelaten.

¹ Langeweg 2019, p. 43.

² Hooftman, *Enquête 2018*, 2019, p. 66.

³ Hooftman, *Enquête 2019*, 2019, p. 71.

⁴ Zeijden, van der & Vogels 2019, p. 15.

⁵ Artikel 3 model mediationovereenkomst voor de MfN-registermediator.

1.4 Opzet van het onderzoek

Om de onderzoeksvraag te beantwoorden is literatuur- en jurisprudentieonderzoek uitgevoerd. Ook parlementaire stukken en wetgeving zijn geraadpleegd om tot een volledig antwoord te komen.

Hierna wordt in hoofdstuk 2 mediation in het algemeen beschreven. In hoofdstuk 3 zijn de beginselen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap beschreven. Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 de Wet verbetering poortwachter beschreven. Hoofdstuk 5 beschrijft de bijzonderheden van mediation in arbeidsrelaties. Waarna in hoofdstuk 6 stil wordt gestaan bij een mediationadvies dat de bedrijfsarts geeft, onder andere gezien vanuit de Wet verbetering poortwachter. Afgesloten wordt met hoofdstuk 7 waarin de onderzoeksvraag wordt beantwoord.

2. Mediation

Het woordenboek Van Dale definieert mediation als ‘bemiddeling’.⁶ Bemiddeling wordt vervolgens weer uitgelegd als ‘tussenbeide komen om een overeenkomst tot stand te brengen’.⁷ Met deze twee definities samen klinkt het alsof mediation een vorm van conflictbemiddeling is waarbij de mediator als een scheidsrechter tussenbeide komt en vervolgens voor een oplossing zorgt. Maar dat is mediation nu juist niet. Mediation is een vorm van conflictbemiddeling waarbij de bal bij partijen wordt gelegd en is geschikt voor vrijwel ieder conflict. Daarom wil ik voor mediation bij de volgende definitie aansluiten: het is ‘een proces waarbij iemand anderen helpt hun opvattingen over een conflict te herzien, voorbij het conflict te kijken en de mogelijkheid tot ontwikkeling te zien die er in zit, en het samen met de andere partij(en) eens te worden over hoe ze in de toekomst met elkaar willen omgaan’.⁸

Partijen kijken, onder begeleiding van de mediator naar wat er nog mogelijk is, de toekomst voor partijen is daarbij relevanter dan het verleden. Willen partijen nog samen verder en zo ja, hoe dan? Of willen partijen de relatie afsluiten en hoe kan dit op een zo positief mogelijke manier. Doel van een mediationstraject is dan ook om partijen naar een gezamenlijk bedachte oplossing te helpen. Welke oplossing dit ook is, want juist mediation leent zich voor een creatieve oplossing. Dit is beduidend anders dan wanneer een derde, bijvoorbeeld een rechter, arbiter of bindend adviseur, gevraagd wordt een uitspraak te doen over het geschil. Dan is er vaak sprake van een winnaar en een (echte) verliezer. Terwijl bij mediation juist wordt gestreefd naar een win-win situatie voor alle partijen.⁹

2.1. Kenmerken mediation

Mediation is dus een vorm van geschillenbeslechting waarbij partijen leidend zijn voor het traject. Deze autonomie van partijen kenmerkt zich door de vrijwilligheid, vrijblijvendheid en vertrouwelijkheid die horen bij mediation. Als extra kenmerk wil ik hier nog ‘vrijheid’ aan toevoegen, vrijheid voor wat betreft de uitkomst van het traject. Deze vier kenmerken worden hieronder stuk voor stuk nader uitgewerkt.

2.1.1. Vrijwilligheid

In Nederland geldt er op dit moment geen vorm van verplichte mediation. Als een van partijen, om welke reden dan ook, niet wenst deel te nemen aan een mediationstraject, dan is daarmee de kous af. Zo overweegt de Hoge Raad in 2006 dat: ‘voor een succesvolle verwijzing naar mediation de duurzame instemming van beide partijen is vereist’.¹⁰ De vrijwillige deelname draagt bij aan de slagingskansen van het mediationtraject.¹¹ Toch is er ook steeds meer aandacht voor verplichte mediation. Gathier en Schonewille komen bijvoorbeeld met het voorstel om een eerste mediationssessie verplicht te stellen.¹² Daarmee wordt de bekendheid van mediation direct vergroot, wat weer tot gevolg kan hebben dat mediation niet langer onbekend en onbemind zal zijn.¹³

Uit twee uitspraken van het Europees Hof van Justitie, *Alassini/Telecom Italia* en *Mening & Rampanelli*, blijkt echter dat deelname aan een mediationstraject kan worden verplicht, mits de toegang tot de rechter niet volledig geblokkeerd is en onnodig vertraagd wordt, de verjaringstermijn

⁶ Van Dale Middelgroot woordenboek Nederlands, p. 519.

⁷ Van Dale Middelgroot woordenboek Nederlands, p. 103.

⁸ Larson 2018, p. 17.

⁹ Klijn 2004, p. 27.

¹⁰ HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724, r.o. 3.2.

¹¹ Brink, *NJ* 2011/1998; Pel, *Justitiële verkenningen* jrg. 29, nr. 8, p. 25-26; Klijn 2004, p. 65; Knipschild & Van IJsendoorn 2016, p. 16.

¹² Gathier, *ArbeidsRecht* 2009/18; Schonewille 2018, p. 39.

¹³ Pel, *Justitiële verkenningen* jrg. 29, p. 26.

geschorst wordt gedurende het mediationtraject en het mediationtraject (nagenoeg) kosteloos is.¹⁴ Wackie Eysten verwoordt de overweging van het Hof in *Alassini/Telecom Italia* als volgt: “[partijen zijn] vrij om in een mediation niet met de wederpartij tot overeenstemming te komen, ook al is de deelname aan de mediation op zichzelf verplicht.”¹⁵ Dit is vergelijkbaar met de volgende overweging van het Europese Hof uit *Mening & Rampanelli*, “de vrijwillige aard van de bemiddeling [ligt] dan ook niet in de vrijheid van partijen om al dan niet een beroep op die procedure te doen, maar in het feit dat „de partijen er zelf voor verantwoordelijk zijn, deze naar eigen goeddunken kunnen organiseren en te allen tijde kunnen beëindigen””.¹⁶

De lijn die het Europese Hof kiest, duidt er op dat de vrijwilligheid niet is gelegen in de deelname aan het mediationtraject in de vorm van aanwezig zijn bij het mediationtraject, maar veel meer gericht is op de inspanning die partijen moeten leveren tijdens het traject. Besluit men om die inspanning niet te leveren, dan verkleint dat de kans op een succesvol verloop en geslaagde afronding van het mediationtraject.

2.1.2. Vrijblijvendheid

In het verlengde van de vrijwilligheid ligt de vrijblijvendheid van mediation. Alle partijen die deelnemen aan mediation, dus ook de mediator, zijn vrij om het traject te allen tijde te beëindigen.¹⁷ Het opgeven van een reden voor de beëindiging is niet verplicht.¹⁸ In de mediationovereenkomst, die partijen sluiten alvorens met de mediation wordt gestart, kan wel een vormvereiste voor de beëindiging worden overeengekomen.¹⁹

Aan de vrijblijvendheid is ook gekoppeld dat partijen na tussentijdse beëindiging niet gebonden zijn aan standpunten die zijn ingenomen of voorstellen die zijn gedaan gedurende het mediationtraject. Een uitkomst van de mediation is pas bindend op het moment dat deze is vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW).²⁰

Naast het vormvereiste voor de beëindiging kunnen partijen ook een afspraak tot dooronderhandelen opnemen in hun mediationovereenkomst. Deze afspraak moet wel vooraf zijn vastgelegd.²¹ Als er geen dergelijke afspraak is gemaakt, maar het mediationtraject was wel al vergesloofd, dan kan een partij via een gerechtelijke procedure nog proberen om aanspraak te maken op een schadevergoeding.²² Door het vormvereiste van de beëindiging en een afspraak tot dooronderhandelen kunnen partijen samen overeenkomen om de vrijblijvendheid van mediation op deze punten in te perken.

2.1.3. Vertrouwelijkheid

Daarnaast kenmerkt mediation zich ook door vertrouwelijkheid. Doel van deze vertrouwelijkheid is om partijen de ruimte te geven om open en vrij over het geschil te kunnen praten²³ en om aangemoedigd te worden om samen tot een oplossing te komen.²⁴

Partijen tekenen bij aanvang van de mediation een mediationovereenkomst, waarin ook een geheimhoudingsverplichting is opgenomen.²⁵ Mochten er tijdens de mediation nog andere partijen

¹⁴ HvJ EU 18 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:146 (*Alassini/Telecom Italia*), r.o. 54 – 57, 64 & HvJ EU 14 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:457 (*Mening & Rampanelli*), r.o. 48, 50 – 51.

¹⁵ Wackie Eysten, *TvA* 2011/8.

¹⁶ HvJ EU 14 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:457 (*Mening & Rampanelli*), r.o. 50.

¹⁷ Art. 5.1 MfN-Mediationreglement.

¹⁸ HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724, r.o. 3.4.

¹⁹ Art. 3 Model mediationovereenkomst voor de MfN-registermediator.

²⁰ Broekhuijsen-Molenaar, *NJB* 2019/1200, p. 1535.

²¹ Art. 5.2 MfN-Mediationreglement & art. 5 Toelichting bij het MfN-Mediationreglement.

²² Schonewille 2018, p. 172.

²³ Knipschild & Van IJsendoorn 2016, p. 16.

²⁴ Rb. Arnhem 25 mei 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU0366.

²⁵ Art. 4.1 Model mediationovereenkomst voor de MfN-registermediator.

bij het traject betrokken worden, dan dienen zij ook de geheimhoudingsverklaring te ondertekenen.²⁶ Deze geheimhouding, en dus de vertrouwelijkheid, strekt zich uit over alle informatie die wordt gedeeld tijdens de mediation en nog niet eerder openbaar of bekend was.²⁷ Daarnaast blijft de geheimhouding ook in stand als de mediation zonder overeenstemming is beëindigd.

2.1.4. Vrijheid

Als laatste kenmerk noem ik hier vrijheid en dan vooral met betrekking tot de uitkomst. Zoals hierboven al beschreven zijn partijen vrij om deel te nemen aan mediation (vrijwilligheid), vrij om het traject te allen tijde te beëindigen (vrijblijvendheid), maar wel gebonden aan geheimhouding (vertrouwelijkheid). Die drie kenmerken moeten helpen om partijen te stimuleren om 'out of the box' te denken en zo samen tot een oplossing te komen. Partijen zijn dus geheel vrij om met creatieve oplossingen voor hun probleem te komen.²⁸ Zo kunnen partijen bijvoorbeeld overeenkomen dat de leaseauto door de werknemer wordt overgenomen als vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

De oplossing kan vervolgens worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW). Deze vaststellingsovereenkomst kan een rechter alleen vernietigen als er strijd is met dwingend recht, goede zeden of openbare orde (art. 7:902 BW) danwel er sprake is van een wilsgebrek (art. 3:44 BW en art. 6:228 BW). Zolang partijen binnen dit wettelijk kader blijven, zijn alle oplossingen dus mogelijk.

2.2. Het mediationtraject

Ondanks de hierboven beschreven kenmerken, is mediation geen vast omlijnd traject waarbij ieder geschil op dezelfde manier wordt benaderd. De exacte aanpak van een mediationtraject verschilt per soort conflict, betrokken mediator en betrokken partijen. Met betrekking tot het conflict is van belang hoever het conflict al is geëscaleerd, want als een conflict al te ver geëscaleerd is, is mediation vaak niet meer mogelijk. De rol en positie van de mediator en partijen worden na de beschrijving van een mediationtraject nader toegelicht.

Zoals hierboven al even aangestipt bestaat hét mediationtraject dus niet. Juist die flexibiliteit maakt mediation zo aantrekkelijk.²⁹ Het traject is maatwerk en zal per conflict, per mediator en per partijen passend moeten worden gemaakt. In ieder mediationtraject zijn in ieder geval de volgende fasen te herkennen: pre-mediationfase, mediationfase en post-mediationfase.

Ieder mediationtraject begint met de 'pre-mediationfase'. In deze fase speelt de mediator de hoofdrol. Partijen hebben bij hem aangeklopt voor hulp, nu is het aan de mediator om te beoordelen of hij deze hulp kan verlenen. Tijdens de 'pre-mediationfase' moet de mediator beoordelen of partijen voldoende bereid zijn om aan het mediationtraject deel te nemen.³⁰ Daarvoor zal de mediator basisinformatie moeten verzamelen over het conflict en over partijen. Vervolgens kan de mediator samen met partijen een mediationovereenkomst opstellen. In deze mediationovereenkomst worden afspraken gemaakt met betrekking tot het verloop van het traject, de geheimhouding, de deelnemende partijen en eventueel hun adviseurs en het van toepassing zijnde tucht- en klachtrecht voor de mediator.³¹ Bij het ondertekenen van de mediationovereenkomst eindigt de 'pre-mediationfase' en wordt overgegaan naar de 'mediationfase'.

²⁶ Art. 6.1 MfN-Mediationreglement.

²⁷ Art. 6 Gedragsregels voor MfN-registermediator.

²⁸ Schonewille 2018, p. 36.

²⁹ Schonewille 2018, p. 33.

³⁰ Klijn 2004, p. 33.

³¹ Klijn 2004, p. 34-35; Schonewille 2018, p. 34, 225; Bauw 2017, p. 66.

Tijdens de 'mediationfase' is de mediator niet langer de hoofdrolspeler, maar wordt hij de assistent van beide partijen. De mediator moet het traject zo leiden dat partijen voldoende ruimte krijgen om op de juiste wijze met elkaar te communiceren. Afhankelijk van de vorm van mediation zal de focus vooral liggen op het herstellen van de communicatie en de relatie³² of het vinden van een oplossing.³³ Tijdens de 'mediationfase' kan het voorkomen dat partijen in een gezamenlijke sessie er niet verder uitkomen. Partijen kunnen er dan voor kiezen om over te gaan tot een caucus, mits dit van te voren is afgesproken. Een caucus is een gesprek dat een partij individueel voert met de mediator. Dit kan de mediation helpen omdat de partij alleen tegenover de mediator bepaalde dingen juist wel durft uit te spreken die hij, in het bijzijn van de andere partij, niet durft te benoemen. Hetgeen tijdens de caucus is besproken wordt op een later moment door de mediator ook met de andere partij gedeeld.³⁴

Gedurende de 'mediationfase' zal duidelijk worden of partijen overeenstemming kunnen bereiken of niet. Het starten van een mediation betekent niet automatisch dat de mediation voor een oplossing van het conflict zorgt. Als het voor mediator duidelijk is dat partijen geen overeenstemming kunnen bereiken, dan zal hij de stand van zaken moeten samenvatten in een laatste poging om de partijen toch nog nader tot elkaar te brengen. Wanneer vast komt te staan dat partijen een oplossing hebben bereikt, gedeeltelijk een oplossing hebben bereikt, of duidelijk is dat partijen geen oplossing kunnen bereiken, dan wordt de 'mediationfase' afgesloten en kan worden begonnen met de 'post-mediationfase'.

Tijdens de 'post-mediationfase' wordt de rol van de mediator weer groter. Het is aan de mediator om bij overeenstemming een vaststellingsovereenkomst op te stellen voor partijen. Deze overeenkomst moet zoveel mogelijk aansluiten bij de 'taal van partijen', omdat het immers hun overeenkomst is.³⁵ Hebben partijen geen volledige overeenstemming bereikt, dan zal de mediator een document opstellen waarin terug te vinden welke afspraken partijen wel hebben kunnen maken.³⁶ De uitkomst kan ook zijn dat partijen op geen elke punt overeenstemming hebben bereikt. Na afloop van de mediation ligt de bal weer bij partijen. Zij zijn degene die de afspraken moeten naleven, of het geschil opnieuw zullen moeten voorleggen aan een bemiddelaar of rechter.

2.2.1. De mediator

De rol van mediator is het beste te omschrijven als procesbegeleider en assistent van partijen tijdens het mediationtraject. Een mediator is neutraal, onafhankelijk en onpartijdig. Hierdoor kunnen partijen zich slechts eenmalig wenden tot een bepaalde mediator.³⁷ Een mediator is een procesbegeleider, omdat hij er voor zorgt dat er structuur is in het traject en zo partijen begeleidt naar een passende oplossing.³⁸ Een mediator is ook een assistent, omdat hij partijen helpt in de communicatie zodat er begrip en verbondenheid tussen partijen kan ontstaan.³⁹ Dit doet de mediator onder andere door de emoties te scheiden van de daadwerkelijke boodschap.⁴⁰

Daarnaast is een belangrijke rol voor de mediator weggelegd in het opheffen van machtsongelijkheid tussen partijen. Schonewille noemt machtsongelijkheid een 'fact of life', omdat in iedere relatie er altijd een partij is die iets meer heeft dan de ander, bijvoorbeeld meer tijd, meer geld, meer kennis of een groter netwerk. Het volledig opheffen van de ongelijkheid is dus ook een illussie. Wel moet de mediator er voor zorgen dat de machtsbalans bewaakt wordt. De mediator kan bijvoorbeeld adviseren aan de ondergeschikte partij om een (extra) adviseur in de arm te nemen, of

³² Schonewille 2018, p. 133-134.

³³ Schonewille 2018, p. 130-131.

³⁴ Klijn 2004, p. 42. Schonewille 2018, p. 37.

³⁵ Schonewille 2018, p. 202.

³⁶ Klijn 2004, p. 45.

³⁷ Klijn 2004, p. 30.

³⁸ Klijn 2004, p. 22.

³⁹ Larsson 2018, p. 18.

⁴⁰ Schonewille 2018, p. 36.

hij kan die partij het 'psychologische voordeel' geven door die partij als eerste zijn verhaal uit een te laten zetten. De mediator moet hier wel opletten dat hij de balans bewaakt en de balans niet een kant op laat doorslaan, met als gevolg dat de mediator zijn onpartijdigheid verliest.⁴¹

Voor wat betreft de uitkomst van de mediation mag de mediator zelf geen beslissingen nemen, hij is immers geen partij in het geschil.⁴² De verantwoordelijkheid van de gekozen oplossing ligt ook bij partijen en niet bij de mediator.⁴³ Wel mag de mediator partijen adviseren als de gekozen oplossing voor een van partijen nadelig is of lijkt. Als partijen uiteindelijk toch voor deze onevenwichtige verdeling kiezen, zal de mediator zich daarbij moeten neerleggen.⁴⁴ Na afloop van het mediationtraject is de mediator, net als partijen, nog altijd gebonden aan de geheimhoudingsverklaring die hij en partijen hebben opgenomen in de mediationovereenkomst.⁴⁵

2.2.2. De partijen

De partijen zijn diegene die een conflict met elkaar hebben en dit met de hulp van een mediator willen oplossen. Tezamen, of op initiatief van een van partijen, wordt er voor gekozen om over te gaan tot mediation.⁴⁶ Partijen moeten dus allereerst zelf bereid zijn om hun conflict voor te leggen aan een mediator. Als deze bereidheid er niet is, dan is starten met mediation vaak weinig zinvol.

Op dit moment bestaat er geen wettelijke verplichting voor partijen om te starten met mediation. Het staat partijen wel vrij om een mediationclausule op te nemen in een overeenkomst. In zo'n clausule komen partijen overeen om hun geschil eerst aan een mediator voor te leggen, voordat het geschil wordt voorgelegd aan een rechter. Uit jurisprudentie blijkt echter dat zo'n mediationclausule bij een rechter geen stand houdt.⁴⁷ In de praktijk komt het er dus op neer dat partijen echt bereid moeten zijn om met mediation te starten, anders komt het traject niet van de grond.

Als partijen starten met mediation, dan wordt er in samenspraak met de mediator een mediationovereenkomst opgesteld, zoals hierboven beschreven. Door ondertekening van deze mediationovereenkomst beloven partijen dat zij zich zullen inspannen tijdens het mediationtraject.⁴⁸ Enkel aanwezig zijn tijdens de mediationssessies is dus niet voldoende. Partijen zullen inzet moeten tonen tijdens de mediationssessies. Blijft deze inzet achterwege dan kan een partij, maar ook de mediator, besluiten om te stoppen met het mediationtraject vanwege de vrijblijvendheid van mediation.

Het voornaamste voor partijen in het mediationtraject is dus de bereidheid om inspanning te leveren. Partijen moeten bereid zijn om het gesprek aan te gaan onder leiding van de mediator. Partijen zullen tijdens het mediationtraject bereid moeten zijn om te luisteren naar wat de ander te zeggen heeft. En partijen zullen bereid moeten zijn om samen te zoeken naar een oplossing. Zonder die bereidheid zal het starten van mediation weinig zinvol zijn.

2.3. Mediation en regelgeving

In Nederland is er op dit moment voor mediations binnen Nederland geen wettelijke regeling. Voor grensoverschrijdende mediations, dit zijn mediations waarbij ten minste één partij zijn woonplaats of gewone verblijfplaats in een andere lidstaat heeft dan de andere partijen, zijn wel regels opgesteld

⁴¹ Schonewille 2018, p. 192-193.

⁴² Brink, *NJB* 2016/1944, p. 2834.

⁴³ Schonewille 2018, p. 201.

⁴⁴ Schonewille 2018, p. 194.

⁴⁵ Knipschild & Van IJsendoorn 2016, p. 16.

⁴⁶ Klijn 2004, p. 23.

⁴⁷ Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AF5797, *NJ* 2003, 87; HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724; Rb. Utrecht 21 maart 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV9146; Rb. Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10604; Hof Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4496; Rb. Noord-Nederland 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2956.

⁴⁸ Art. 2.1 Model mediationovereenkomst voor de MfN-registermediator.

naar aanleiding van de Europese Richtlijn 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

Door middel van de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken is Richtlijn 2008/52/EG in Nederland geïmplementeerd.⁴⁹ Alleen het strikt noodzakelijke is door middel van deze wet geïmplementeerd.⁵⁰ Hierdoor kent mediation alleen bij grensoverschrijdende gevallen de mogelijkheid om de overeenstemming vast te leggen in een proces-verbaal waardoor er een executoriale titel wordt verkregen (art. 4 Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken), geldt er verschoningsrecht voor de mediator en degene die bij de mediation betrokken zijn (art. 5 Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken) en de verjaring van de vordering wordt gestuit door aanvang van mediation (art. 6 Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken).

In eerste instantie was het bij implementatie van de richtlijn de bedoeling om gelijktijdig ook regels op te stellen met betrekking tot nationale mediations. Dit voorstel is echter ingetrokken door de minister van Veiligheid en Justitie, wegens een gebrek aan draagvlak in de Eerste Kamer.⁵¹ In 2013 heeft kamerlid Van der Steur drie nieuwe initiatiefwetsvoorstellen met betrekking tot mediation ingediend.⁵² In de memorie van toelichting valt te lezen dat er wetsvoorstellen nodig zijn om te zorgen voor ordening van kwaliteit van registermediators, definiëring van de mediation overeenkomst en verankering van mediation als alternatief voor de traditionele rechtspraak in het civiel recht en bestuursrecht.⁵³ In juni 2015 zijn de wetsvoorstellen echter weer ingetrokken en heeft Van der Steur als minister van Veiligheid en Justitie bevestigd dat hij zo snel mogelijk met wetgeving ter vervanging van deze initiatiefwetsvoorstellen zal komen.⁵⁴ Pas recent, 20 januari 2020, heeft de minister van Rechtsbescherming aangegeven om het wetgevingstraject mediation opnieuw op te pakken.⁵⁵

Op het moment van schrijven komt het wetgevingstraject mediation dus opnieuw in beweging. De Mediatorsfederatie Nederland (MfN) heeft in een aanbevelingsdocument laten weten dat zij de invoering van wetgeving noodzakelijk acht is, omdat mediation nog steeds een grote achterstand kent ten opzichte van conflictoplossing door de rechter.⁵⁶ Maar wat de uiteindelijke uitkomst van het wetgevingstraject gaat zijn, is dus nog afwachten.

2.4. Voor- en nadelen van mediation

Naar aanleiding van hetgeen hiervoor is beschreven volgt hier een opsomming van de voor- en nadelen van mediation als vorm van geschillenbeslechting. Deze opsomming is niet limitatief en per situatie kan het dus voorkomen dat er extra voor- of nadelen zijn om te kiezen voor mediation.

De vrijwilligheid, vrijblijvendheid, vertrouwelijkheid en vrijheid die hierboven zijn beschreven, zijn voordelen van het mediationtraject. Ook kan mediation bij vrijwel alle conflicten worden toegepast. Mediation is vaak een goedkopere oplossing dan een andere vorm van geschillenbeslechting, doordat er snel gestart kan worden en het mediationtraject vaak korter duurt dan een andere procedure.⁵⁷ Daarnaast is het mediationtraject door partijen zelf in te richten en daardoor flexibel en de uitkomst zorgt vaak voor een win-winsituatie, omdat partijen samen kunnen

⁴⁹ Stb. 2012, 570.

⁵⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33320, nr. 3, p. 1.

⁵¹ Kamerstukken I 2012/13, 32555, H.

⁵² Kamerstukken II 2012/13, 33722; Kamerstukken II 2012/13, 33 723 & Kamerstukken II 2012/13, 33 727.

⁵³ Kamerstukken II 2012/13, 33723, nr. 3, p. 2.

⁵⁴ Kamerstukken II 2014/15, 33722, nr. 24.

⁵⁵ Brief van de Minister voor Rechtsbescherming van 20 januari 2020, 2803186.

⁵⁶ MfN aanbevelingen wetgeving januari 2019, p. 5.

⁵⁷ Pel, *Justitiële verkenningen* jrg. 29, nr. 8, p. 28.

komen tot een creatieve oplossing.⁵⁸ Doordat de uitkomst geen verrassing voor partijen is, is het vaak niet nodig om later nog een beroep te doen op de rechter. Een ander voordeel van mediation is dat er ruimte is voor de emoties van partijen.⁵⁹

Mediation kent natuurlijk ook nadelen, op het moment dat er een conflict speelt van zeer principiële aard, of een zaak waarbij partijen juist in het openbaar een uitspraak wensen, is mediation niet mogelijk.⁶⁰ Of op het moment dat partijen er tijdens de mediation niet samen uitkomen, dan zorgt het mediationtraject niet voor de gewenste duidelijkheid en alleen maar voor vertraging omdat er een vervolgtraject nodig is. Daarnaast ontbreekt bij een vaststellingsovereenkomst in beginsel de executoriale titel, waardoor voor het ten uitvoerleggen van de overeenkomst ook nog eerst een procedure nodig is.⁶¹

Of mediation meer voordelen dan nadelen kent, zal aan het geschil en de situatie van partijen liggen. Maar in het algemeen genomen kan er worden gezegd dat een mediationtraject sneller verloopt dan een gerechtelijke procedure. Daarnaast is de uitkomst van een mediationtraject bepaald door partijen, waardoor de kans op succes en de oplossing vaker door partijen wordt gerespecteerd, dan een oplossing die door een derde wordt opgelegd.

2.5. Tussenconclusie

Mediation is een vorm van conflictbemiddeling die gebaseerd is op de vrijwilligheid van partijen. Het traject is flexibel en wordt gekenmerkt door de vertrouwelijkheid, vrijblijvendheid en de ruime mate van vrijheid in het kiezen van een oplossing. De mediator is de procesbegeleider en assistent die partijen begeleidt naar een duurzame oplossing. Partijen moeten hiervoor wel bereid zijn om inspanningen te leveren tijdens het mediation traject.

Voordelen van mediation zijn dat het traject vaak snel verloopt, goedkoper is dan een andere procedure en zorgt voor een duurzame oplossing als partijen tot overeenstemming komen. Nadeel is dat het traject plaatsvindt achter gesloten deuren, waardoor zowel het geschil als de uitkomst niet voor iedereen zichtbaar is. Een wettelijke regeling voor mediations binnen Nederland ontbreekt nog op dit moment. Naar aanleiding van de Europese richtlijn 2008/52/EG is voor grensoverschrijdende mediations wel een aantal punten wettelijk vastgelegd.

⁵⁸ Knipschild & Van IJsendoorn 2016, p. 64-65.

⁵⁹ Klijn 2004, p. 28.

⁶⁰ Klijn 2004, p. 25.

⁶¹ Knipschild & Van IJsendoorn 2016, p. 64-65.

3. Beginselen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap

In art. 7:611 BW stelt de wetgever dat werkgever en werknemer zich als “goed werkgever en een goed werknemer” moeten gedragen. Wat ‘goed’ is, wordt in dit artikel niet verder gedefinieerd. Is bijvoorbeeld de werknemer die prima functioneert, maar altijd te laat komt en te lang pauze houdt een ‘goed werknemer’?⁶² Of de werkgever die het kantoor high-tech en ergonomisch verantwoord heeft ingericht, maar van zijn werknemers verwacht dat ze vierentwintig uur per dag, zeven dagen per de week, beschikbaar zijn, is dat een ‘goed werkgever’?

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever art. 7:611 BW ziet als arbeidsrechtelijke variant van de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:2 BW en art. 6:248 BW.⁶³ Redelijkheid en billijkheid zijn open normen, de exacte invulling is afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval. Deze beoordelingsvrijheid geeft de rechter de ruimte om tot een oordeel te komen dat bij de maatschappelijke en persoonlijke belangen van die situatie past en geeft ook ruimte voor rechtsontwikkeling.⁶⁴ De wet voorziet met art. 3:12 BW wel in een aantal aanknopingspunten voor de rechter om de redelijkheid en billijkheid in te vullen. Deze aanknopingspunten gelden dus ook voor art. 7:611 BW.

Een werknemer die vindt dat zijn werkgever zich niet ‘goed’ gedraagt, kan zich dus ook op de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:2 BW en art. 6:248 BW beroepen.⁶⁵ Het artikel van goed werkgeverschap en goed werknemerschap in Boek 7 Burgerlijk Wetboek lijkt hierdoor haast overbodig. De toegevoegde waarde van het artikel zit hem echter in de mogelijkheid om rekening te houden met de ontwikkeling in rechtsopvatting.⁶⁶ Een voorbeeld van rechtsontwikkeling via deze weg is art. 7:658a BW dat in 2002 is toegevoegd aan Boek 7 Burgerlijk Wetboek.⁶⁷ Dit artikel is via de Wet verbetering poortwachter geïntroduceerd en zorgt voor codificatie van de jurisprudentie die op grond van art. 7:611 BW de werkgever verplicht om zijn zieke werknemer in staat te stellen om (passende) arbeid te verrichten.⁶⁸

Om te beoordelen of er sprake is van een ‘goed werkgever’ of een ‘goed werknemer’ kan er dus niet worden teruggevallen op een standaard checklist. Aan de hand van literatuur en jurisprudentie zijn er wel aanknopingspunten te vinden die regelmatig terugkeren bij de beoordeling van een ‘goed werkgever’ en een ‘goed werknemer’. Een van de aanknopingspunten uit de literatuur zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het zorgvuldigheidsbeginsel zorgt er in het kader van goed werkgeverschap bijvoorbeeld voor dat de werkgever een onderzoeksplicht heeft en moet zorgen voor een goede werksfeer.⁶⁹ Deze algemene beginselen worden vooral voor het goed werkgeverschap toegepast. Dit komt doordat de werkgever superieur is ten opzichte van de werknemer.⁷⁰ Dat komt door de machtsongelijkheid waarmee men in een arbeidsrelatie te maken heeft. De werknemer verkeert vaak in een (financieel) ondergeschikte en afhankelijke positie, terwijl de werkgever de sterkere onderhandelingspositie heeft en de arbeidsvoorwaarden voor een groot deel bepaald.⁷¹

De werkgever en de werknemer moeten zich dus in alles ‘goed’ gedragen. Omdat in deze scriptie de focus ligt op het gedrag en de inspanningsverplichting in conflictsituaties en tijdens een mediationtraject, zal daar de focus op liggen in dit hoofdstuk.

⁶² Wolff 2007, p. 3 & 9.

⁶³ HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, *Prg.* 1994/4081 (*Agfa/Schoolderman*) r.o. 3.5 & HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, r.o. 3.3.

⁶⁴ Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/1.5.

⁶⁵ Bungener 2008, p. 232.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, nr. 3, p. 15.

⁶⁷ *Stb.* 2001, 685.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 27678, nr. 13, p.2.

⁶⁹ Heerma van Voss, *TRA* 2011/77.

⁷⁰ Laagland, in: *Arbeidsovereenkomst, art. 7:611 BW, aant. 3* (online, bijgewerkt 1 januari 2019); Heerma van Voss, *TRA* 2011/77.

⁷¹ Bungener 2008, p. 160; Wolff 2007, p. 5.

3.1 Goed werkgeverschap

Zowel werkgever als werknemer moeten zich 'goed' gedragen. Toch lijkt het zwaartepunt van goed werkgeverschap en goed werknemerschap vooral bij de werkgever te liggen. Zoals hierboven al beschreven is dit te verklaren door de machtsongelijkheid die bestaat tussen een werkgever en een werknemer. Dat het zwaartepunt vervolgens meer bij de werkgever wordt neergelegd is een vorm van ongelijkheidscompensatie en moet de werknemer een zekere mate van bescherming bieden.⁷²

In de jurisprudentie wordt meerdere malen bevestigd dat er inspanning van de werkgever wordt verwacht bij een conflictsituatie, het hof 's-Hertogenbosch verwoordt dit als volgt: "Vanuit [het] oogpunt van goed werkgeverschap mocht van [Tailleurs] *de nodige inspanning* [nadruk toegevoegd] worden verlangd om de lucht te klaren."⁷³ Wat 'de nodige inspanning' van de werkgever exact inhoudt verschilt per situatie.

Aan de hand van de onderzochte jurisprudentie zijn in ieder geval de volgende aanknopingspunten te ontdekken:

- Duur van het dienstverband:
De rechtbank Midden-Nederland heeft overwogen dat de werkgever zich extra moet inspannen voor een werknemer die al 43 jaar in dienst is.⁷⁴ Een vergelijkbare overweging is ook terug te vinden in een uitspraak van het hof Amsterdam. Hierin overweegt het hof dat de onwelwillende houding van de werkgever niet opweegt tegen het lange dienstverband waarin werknemer over het algemeen prima functioneerde gedurende 38 jaar.⁷⁵ Deze extra inspanning wordt niet alleen verwacht bij een uitzonderlijke lang dienstverband, maar ook al bij een dienstverband van 10 jaar, 18 jaar of 26 jaar, zo blijkt uit uitspraken van respectievelijk de rechtbank Midden-Nederland⁷⁶ en de rechtbank Limburg⁷⁷. Aan de hand van deze uitspraken kan geconcludeerd worden dat de mate van inspanning die de werkgever moet leveren mede afhankelijk is van de duur van het dienstverband. Hoe langer het dienstverband, des te meer inspanning er van de werkgever mag worden verwacht.
- Geen voorwaarden aan communicatie of mediation koppelen:
De rechtbank Rotterdam overweegt dat een werknemer moet kunnen reageren op mededelingen van zijn werkgever. In deze zaak hebben werkgever en werknemer afgesproken om mondeling problemen met elkaar te bespreken. Werknemer stuurt echter een e-mail naar de werkgever. De rechter oordeelt dat dit moet kunnen, daarnaast moet de werknemer ook commentaar kunnen leveren op een gespreksverslag en de mogelijkheid krijgen om legitieme vragen te stellen.⁷⁸
Ook mediation moet onvoorwaardelijk worden gestart. Dat werkgever financieel in slecht weer verkeert, maakt nog niet dat het bespreken van een financiële regeling tijdens mediation op voorhand volledig kan worden uitgesloten.⁷⁹
Aan de hand van deze uitspraken kan geconcludeerd worden dat er geen voorwaarden mogen worden gekoppeld aan de communicatie tussen werkgever en werknemer. Ook mogen er vooraf geen voorwaarden worden gesteld aan de deelname aan mediation.
- Geen sanctie opleggen of dreigen met sancties:
De werkgever heeft de mogelijkheid om de werknemer aan te spreken op zijn gedrag en dit vast te leggen in zijn personeelsdossier; in sommige gevallen kan de werkgever ook de

⁷² Wolff 2007, p. 5.

⁷³ Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:202, r.o. 4.37.

⁷⁴ Rb. Midden-Nederland 21 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2440, r.o. 4.15.

⁷⁵ Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:228, r.o. 3.5.

⁷⁶ Rb. Midden-Nederland 21 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8353, r.o. 4.12.

⁷⁷ Rb. Limburg 21 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:502, r.o. 4.6 & Rb. Limburg 16 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010, r.o. 4.6.

⁷⁸ Rb. Rotterdam 19 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10115, r.o. 5.9.

⁷⁹ Rb. Utrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL5021, r.o. 5.7.

loonbetaling opschorten. Deze middelen mag de werkgever echter niet misbruiken. Zo heeft het hof 's-Hertogenbosch overwogen dat het opleggen van een loonsanctie omdat werknemer zijn afspraak niet nakomt, omdat zij eerst wil overleggen met de bedrijfsarts, in strijd is met goed werkgeverschap.⁸⁰

In 2013 had hetzelfde hof al overwogen dat het niet willen intrekken van een schriftelijke waarschuwing en het doorzetten van een loonstop, hoewel deze net voor het starten van de mediation toch wordt opgeheven, geen blijk geeft van een goede inzet van de werkgever.⁸¹

De rechtbank Limburg haalt dit arrest aan in een uitspraak waarin werkgever geen actie onderneemt om de arbeidsrelatie te herstellen, maar direct dreigt met ontslag op wegens dringende reden.⁸² Hoewel de rechtbank Amsterdam niet naar het arrest van het hof verwijst, sluit zij er wel bij aan. De rechter stelt in dit vonnis namelijk dat de werkgever eerst een open uitnodiging, zonder (dreiging van) loonstop had moeten versturen naar werknemer. Nu werkgever dit heeft nagelaten heeft zij niet gehandeld zoals van een goed werkgever verwacht mag worden.⁸³

Uit deze uitspraken kan worden geconcludeerd dat de werkgever niet direct een sanctie mag opleggen of mag dreigen met oplegging van een sanctie om de werknemer tot deelname aan mediation te dwingen.

- Ingaan op voorstel of advies om mediation te starten:

Het hof 's-Hertogenbosch heeft in twee verschillende uitspraken gesteld dat de werkgever werk moet maken van mediation als dit wordt voorgesteld. In de uitspraak van het hof uit 2013 heeft de bedrijfsarts mediation voorgesteld.⁸⁴ De werkgever start op korte termijn met mediation, maar gelijktijdig met de mediation houdt de werkgever de stopzetting van de loondoorbetaling in stand. Het hof is daarom van oordeel dat de werkgever onvoldoende blijk geeft van inspanning voor de mediation, omdat de werkgever door het instandhouden van de loonstop twee wegen blijft bewandelen.⁸⁵ Deze uitspraak wordt later door de rechtbank Limburg herhaald en bevestigd.⁸⁶

In 2018 heeft het hof 's-Hertogenbosch overwogen dat de werkgever invulling moet geven aan een verzoek van de werknemer om met mediation te starten. Dat de werkgever het afwijzen van de mediation heeft gebaseerd op een onterecht advies van de arbeidsdeskundige komt geheel voor rekening en risico van de werkgever.⁸⁷

Ongeacht van welke kant het initiatief tot mediation komt, van de werkgever mag worden verwacht dat hij de mogelijkheid van mediation bespreekt met zijn werknemer. De werkgever die besluit dat mediation geen optie is, zal dit goed moeten motiveren en onderbouwen, aldus het hof Den Haag.⁸⁸

Uit deze uitspraken kan worden geconcludeerd dat de werkgever in moet gaan op het verzoek van de werknemer om te starten met mediation en ook in moet gaan op het advies van de bedrijfsarts om te starten met mediation. Deze invulling bestaat logischerwijs uit het op zoek gaan naar een mediator. Of deze zoektocht naar een mediator door de werkgever alleen of door werkgever en werknemer samen moet worden ondernomen is niet terug te vinden in de onderzochte jurisprudentie.

- Juiste (gespreks)houding:

Van de werkgever mag worden verwacht dat hij de juiste houding aanneemt tijdens een

⁸⁰ Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3054, r.o. 3.9.

⁸¹ Hof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3969, r.o. 4.9.

⁸² Rb. Limburg 5 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9351, r.o. 2.5 & 5.3.

⁸³ Rb. Amsterdam 3 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4265, r.o. 4.12 & 4.14.

⁸⁴ Hof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3969, r.o. 4.1.7.

⁸⁵ Hof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3969, r.o. 4.9.

⁸⁶ Rb. Limburg 5 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9351, r.o. 5.3.

⁸⁷ Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3054, r.o. 3.17.

⁸⁸ Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:362, r.o. 5.8.

conflict met de werknemer en tijdens een mediationtraject. Zo hebben verschillende rechters geoordeeld dat de werkgever geen rigide houding mag aannemen.⁸⁹ Daarnaast wordt van de werkgever verwacht dat hij de verhoudingen niet (nog) verder op scherp zet door de bewoordingen die hij gebruikt in schriftelijke communicatie met zijn werknemer.⁹⁰ Een harde confrontatie tijdens een gesprek getuigt evenmin van een goede houding bij werkgever, zo oordeelt het hof Arnhem-Leeuwarden.⁹¹ Ook getuigt het voor het blok zetten van de werknemer niet van goed werkgeverschap, aldus het hof Den Haag.⁹²

Tevens moet een werkgever zich behulpzaam opstellen, zo oordeelt de rechtbank Limburg. In deze uitspraak staat centraal dat de werknemer volledige verantwoordelijkheid heeft gekregen over het opstellen van een verbeterplan, nadat de werkgever heeft geoordeeld dat werknemer onvoldoende functioneert. Volgens de rechter zijn in zo'n constructie "alle ingrediënten voorhanden om de werknemer zichzelf te laten ophangen."⁹³

Het hof 's-Hertogenbosch heeft geoordeeld dat de werkgever niet met een tweeslachtige houding aan de mediation mag beginnen. Gelijktijdig met mediation beginnen, maar ook een loonsanctie in standhouden getuigt niet van een volledige inzet voor het mediationtraject.⁹⁴ Als laatste nog een arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden. Daarin wordt geoordeeld dat het de werkgever vrij staat om mediation om welke reden dan ook te beëindigen, maar wel van de werkgever wordt verwacht dat hij de werknemer hiervan op de hoogte stelt.⁹⁵ De werkgever kan dus niet stilletjes het toneel verlaten.

Uit deze uitspraken kan worden geconcludeerd dat van de werkgever wordt verwacht dat hij niet te stijf aan zijn standpunten vasthoudt, zich hulpvaardig opstelt en zich volledig inzet voor de mediation. Mocht werkgever het mediationtraject toch willen beëindigen, dan wordt verwacht dat hij werknemer hiervan op de hoogte stelt.

- Tijdstip van het gesprek:

Als laatste aanknopingspunt nog het tijdstip van het gesprek. De werkgever mag werknemer niet op stel en sprong oproepen voor een gesprek.⁹⁶ In het verlengde hiervan ligt een onaangekondigd gesprek. De rechtbank Overijssel heeft geoordeeld dat een onaangekondigd gesprek, op de eerste werkdag na een vakantie, niet getuigt van een goede inzet van de werkgever.⁹⁷ Deze uitspraak is later bevestigd door het hof Arnhem-Leeuwarden.⁹⁸

Een gesprek dat wel vooraf is aangekondigd, maar plaatsvindt tijdens het bevallingsverlof van een werknemer getuigt eveneens niet van goed werkgeverschap.⁹⁹

Uit deze uitspraken kan worden geconcludeerd dat een goed werkgever rekening houdt met de timing van een gesprek met de werknemer. Idealiter vindt het gesprek vooraf aangekondigd en niet tijdens een verlof plaats.

Uit bovenstaande kan worden afgeleid dat de werkgever een coöperatieve en flexibele houding moet aannemen ten opzichte van de werknemer tijdens een conflict, waarbij de communicatie niet gebonden is aan voorwaarden en er geen dreiging is van sancties. Wat ook uit de onderzochte jurisprudentie kan worden afgeleid is dat de rechter een gebrek aan inspanning de werkgever aanrekent. Want als de werkgever zich onvoldoende als 'goed werkgever' heeft gedragen,

⁸⁹ Rb. Utrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL5021, r.o. 5.7; Rb. Rotterdam 19 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10115, r.o. 5.9 & Rb. Amsterdam 3 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4265, r.o. 4.14.

⁹⁰ Rb. Limburg 5 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9351, r.o. 5.3.

⁹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 9 november 2016, ECLI:NL:8972, r.o. 5.12

⁹² Hof Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:875, r.o. 10.

⁹³ Rb. Limburg 16 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010, r.o. 4.6.

⁹⁴ Hof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3969, r.o. 4.9.

⁹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 9 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8972, r.o. 5.11.

⁹⁶ Rb. Amsterdam 3 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4265, r.o. 4.12.

⁹⁷ Rb. Overijssel 26 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:675, r.o. 4.5.

⁹⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 9 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8972, r.o. 5.12.

⁹⁹ Rb. Rotterdam 26 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3432, r.o. 6.12.

dan wordt dit voor de werknemer vaak financieel gecompenseerd in de vorm van een billijke vergoeding.¹⁰⁰

De hierboven beschreven inspanningsverplichtingen die naar voren komen in de jurisprudentie sluiten aan bij de inspanningen die partijen in het algemeen moeten leveren tijdens een mediationtraject, zoals beschreven in het vorige hoofdstuk. Een voorbeeld hiervan is de verplichting voor de werkgever om het nodige te ondernemen om de mediation te starten; dit sluit aan bij het initiatief nemen om een mediation te starten in het algemeen. Een ander voorbeeld hiervan is de juiste houding die de rechter verwacht van de werkgever; dit sluit aan bij de inspanning om naar elkaar te luisteren en samen te zoeken naar een oplossing.

Maar ondanks dat de rechter een inspanning van de werkgever verwacht, kent de inspanning van de werkgever ook een grens. Hierover heeft de rechtbank Limburg geoordeeld dat de werkgever die tot tweemaal toe met een mediationtraject is gestart zich voldoende heeft ingespannen om de verstoorde arbeidsrelatie te herstellen. Dat één van deze twee mediationpogingen is ondernomen vanwege verplichtingen in het kader van de Wet verbetering poortwachter doet hier niks aan af.¹⁰¹ Ook een onherstelbaar verstoorde arbeidsrelatie is voor de rechter een reden om niet te starten met mediation.¹⁰² Hieruit blijkt dat, hoewel er wel degelijk een inspanning van de werkgever wordt verwacht, deze inspanning niet koste wat kost moet worden geleverd.

3.2 Goed werknemerschap

De werknemer moet zich, net als de werkgever, 'goed gedragen'. Waar er bij de werkgever meerdere uitspraken te vinden zijn over wat dan verstaan moet worden onder 'goed', is de jurisprudentie over de 'goede werknemer' een stuk schaarser. Dit is te verklaren door de machtsongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer, zoals hierboven al is aangegeven. Maar ondanks dat de rechter aan het gedrag van een werknemer vaak geen consequenties verbindt, verwacht de rechter wel een bepaalde inspanning van de werknemer. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de volgende uitspraak van de rechtbank Limburg: *"blijkt dat het tussen partijen gerezen arbeidsconflict te laat is onderkend en dat zowel Cicero [werkgever] als [verzoekster] onvoldoende hebben gedaan om de arbeidsverhouding te verbeteren, maar dat het Cicero in haar hoedanigheid van werkgever meer wordt aangerekend."*¹⁰³

De werknemer kan op zijn beurt dus niet achteloos achterover leunen. Zo overweegt het hof 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld dat als een werknemer zich bij de bedrijfsarts meldt met klachten die verband houden met een arbeidsconflict wel moet meewerken aan het herstellen van de relatie.¹⁰⁴ Deze verplichting tot medewerking van de werknemer is echter niet onbepaald. De rechtbank Noord-Holland stelt namelijk dat de werkgever voortvarend te werk moet gaan met mediation. Doet de werkgever dit niet en stelt hij het starten van mediation onnodig lang uit, dan hoeft de werknemer niet meer mee te werken aan het mediationtraject.¹⁰⁵

Richt het conflict zich op het functioneren van de werknemer, dan mag van de werknemer worden verwacht dat hij zijn eigen verantwoording neemt bij het maken van een verbeterplan. Echter ligt de verantwoordelijkheid uiteindelijk in overwegende mate bij de werkgever, zo stelt de rechtbank Limburg.¹⁰⁶ Dezelfde rechtbank heeft eerder al overwogen dat werkgever en werknemer

¹⁰⁰ Rb. Rotterdam 26 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3432, r.o. 6.12; Rb. Overijssel 26 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:675, r.o. 4.12; Hof Arnhem-Leeuwarden 9 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8972, r.o. 5.13; Rb. Midden-Nederland 21 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2440, r.o. 4.12 en 4.24; Rb. Limburg 19 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3589, r.o. 4.10.

¹⁰¹ Rb. Limburg 19 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3589, r.o. 4.6.

¹⁰² Rb. Midden-Nederland 21 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2440, r.o. 4.9.

¹⁰³ Rb. Limburg 30 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:11914, r.o. 4.6.

¹⁰⁴ Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:202, r.o. 4.35.

¹⁰⁵ Rb. Noord-Holland 19 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9862, r.o. 5.4.

¹⁰⁶ Rb. Limburg 16 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010, r.o. 4.6.

zich moeten inzetten om de arbeidsrelatie te herstellen en dat werknemer zich moet realiseren dat zijn persoonlijke belang ondergeschikt is aan de redelijke eisen van het bedrijfsbelang.¹⁰⁷

De werkgever mag van zijn werknemer dus een coöperatieve houding verwachten, ook tijdens een conflict. Voor de werknemer zijn er in de onderzochte jurisprudentie helaas geen verdere aanknopingspunten te vinden om zijn medewerking verder in te kleuren. Daarom blijft de goede medewerking van een 'goed werknemer' tijdens een conflictsituatie een redelijk abstract gegeven. Het matchen van een inspanningsverplichting voor de werknemer op basis van de onderzochte jurisprudentie met de inspanningen die partijen in het algemeen moeten leveren tijdens een mediationtraject, zoals beschreven in het vorige hoofdstuk, is hierdoor dan ook niet mogelijk.

3.3 Tussenconclusie

Werkgever en werknemer moeten zich als 'goed werkgever en goed werknemer' gedragen, ook als er sprake is van een conflict. De wet werkt niet verder uit wat er onder goed werkgeverschap en goed werknemerschap moet worden verstaan. De inkleuring van dit artikel vindt plaats aan de hand van redelijkheid en billijkheid.

Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat een goede werkgever zich moet inspannen om een conflictsituatie te beëindigen. Hij moet zich hierbij coöperatief en flexibel opstellen, door geen voorwaarden te stellen, niet direct te dreigen met sancties en een juiste houding aan te nemen tijdens een gesprek. Schiet de werkgever te kort in deze inspanningen, dan kent de rechter de werknemer vaak een financiële compensatie toe. Deze inspanningsverplichtingen voor de werkgever sluiten aan bij de inspanningen die van partijen die deelnemen aan een mediationtraject worden verwacht.

Een rechter tilt zwaarder aan de houding van een werkgever tijdens een conflict, dan aan de houding van een werknemer. Dit is te verklaren door de machtsongelijkheid die speelt tussen een werkgever en een werknemer. Maar ondanks dat, verwacht de rechter ook van een werknemer dat hij meewerkt om het conflict tot een goed einde te brengen. Hoe deze medewerking van de werknemer er precies uit moet zien, is in de onderzochte jurisprudentie niet nader uitgewerkt.

¹⁰⁷ Rb. Limburg 21 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:502, r.o. 4.8.

4. Wet verbetering poortwachter

De Wet verbetering poortwachter (hierna: WVP) is in 2002 in werking getreden. Doel van de WVP is om de verantwoordelijkheid voor de re-integratie duidelijk bij de werkgever én werknemer neer te leggen en om de re-integratieverplichtingen te verduidelijken om zo de re-integratieprestaties te verbeteren.¹⁰⁸ Door invoering van de WVP worden verschillende wetten gewijzigd. De verplichtingen voor de werkgever en de werknemer zijn opgenomen in art. 7:658a BW en art. 7:660a BW. Dit is dan ook de as waar het re-integratietraject voor de werkgever en de werknemer om draait.

Maar eerst het startpunt van de WVP, want wanneer is de WVP van toepassing voor werkgever en werknemer? In de parlementaire geschiedenis van de WVP is terug te vinden dat het gaat om de aanpak van langdurig ziekteverzuim.¹⁰⁹ Een verdere definitie van ‘de werknemer die in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten’, wordt niet gegeven. Daarom wordt aangenomen dat hiervoor wordt aangesloten bij het ‘ziekte’ begrip uit de Ziektewet.¹¹⁰ In de parlementaire geschiedenis van de Ziektewet wordt gesteld dat een werknemer, volgens de administratieve rechter, ziek is op het moment dat ‘hij niet in staat is de laatstelijk feitelijk verrichte arbeid te verrichten’.¹¹¹ Als een werknemer dus langdurig niet in staat is om zijn laatstelijk feitelijk verrichte arbeid uit te voeren, dan moeten werkgever en werknemer starten met een re-integratietraject conform de WVP.

De Hoge Raad oordeelde in 2008 in het arrest *Mak/SGBO* dat er onderscheid gemaakt kan worden tussen medische arbeidsongeschiktheid en situationele arbeidsongeschiktheid.¹¹² Uit dit arrest blijkt dat van belang is of de klachten die werknemer belemmeren om zijn arbeid te verrichten, een aanwijsbare medische oorzaak hebben, of dat de klachten van werknemer voortkomen uit de situatie op het werk. De Hoge Raad overweegt hier dat een dergelijke situatie zich voordoet als *“de werknemer zich op grond van (dreigende) psychische of lichamelijke klachten niet in staat acht tot het verrichten van zijn werkzaamheden, hoewel ten aanzien van de arbeidsgeschiktheid geen medische beperkingen van psychische of fysieke aard kunnen worden vastgesteld”*.¹¹³ Om te kunnen spreken van situationele arbeidsongeschiktheid moet met medische stukken onderbouwd worden dat er een reële verwachting bestaat dat bij werkhervatting de klachten direct weer leiden tot uitval wegens ziekte.¹¹⁴

Dit onderscheid tussen medische en situationele arbeidsongeschiktheid is van belang omdat hiermee ook de toepassing van de WVP, met al haar rechten en plichten voor de werkgever en de werknemer, samenhangt. De WVP is van toepassing op werknemers en hun werkgever, als er sprake is van medische arbeidsongeschiktheid. Als er bij een werknemer zowel sprake is van medische arbeidsongeschiktheid als van situationele arbeidsongeschiktheid, dan is de WVP eveneens van toepassing. De WVP is niet van toepassing als er enkel sprake is van situationele arbeidsongeschiktheid. Voor het vervolg van dit hoofdstuk wordt er van uit gegaan dat de werknemer medisch arbeidsongeschikt is door langdurige ziekte, waardoor de WVP op die situatie van toepassing is.

4.1. Verplichtingen werkgever

Uit de memorie van toelichting bij de WVP blijkt dat de werkgever degene is die het voortouw moet nemen bij de re-integratie.¹¹⁵ De verplichtingen voor de werkgever zijn te onderscheiden in materiële en formele verplichtingen. Als materiële verplichting geldt dat de werkgever de re-integratie moet

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 27678, nr. 3, p. 3.

¹⁰⁹ *Kamerstukken I* 2001/02, 27678, nr. 37a, p. 1.

¹¹⁰ Klosse & Vonk, 2014, p. 83.

¹¹¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24439, nr. 3, p. 58.

¹¹² HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7669 (*Mak/SGBO*).

¹¹³ HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7669 (*Mak/SGBO*), r.o. 3.5.2.

¹¹⁴ Klosse & Vonk, 2014, p. 84.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 27678, nr. 3, p. 6.

bevorderen en passende arbeid moet aanbieden conform art. 7:658a lid 1 en lid 2 BW. Als formele verplichting geldt het bijhouden van aantekeningen (art. 25 lid 1 WIA en art. 71a lid 1 WAO), het opstellen en bijhouden van een plan van aanpak (hierna: PvA) (art. 7:658a lid 3 BW) en het opstellen van een re-integratieverslag (art. 25 lid 3 WIA en art. 71a lid 3 WAO).¹¹⁶

Als materiële verplichting geldt dus dat werkgever de re-integratie van zijn zieke werknemer moet bevorderen en passende arbeid moet aanbieden. Deze passende arbeid is *“arbeid die in redelijkheid aan de werknemer kan worden opgedragen, gelet op onder meer het arbeidsverleden, de opleiding, de gezondheidstoestand, de afstand tot het werk, het loon en hetgeen waartoe de werknemer nog in staat is.”*¹¹⁷ De werkgever moet samen met de werknemer op zoek naar het werk dat de werknemer nog wel kan uitvoeren en hiervoor de nodige maatregelen treffen, aldus 7:658a lid 2 BW. In sommige gevallen zal enkel de aanpassing van de werkplek voldoende zijn, maar het kan ook zijn dat aanpassing van de werkzaamheden of wellicht volledig andere werkzaamheden passend zijn voor die situatie.

De werkgever moet allereerst op zoek gaan naar passende arbeid binnen zijn eigen bedrijf, zo blijkt uit de eerste volzin van art. 7:658a lid 1 BW. Re-integratie binnen het eigen bedrijf van werkgever is ook wel bekend als re-integratie spoor 1. Mocht er binnen het eigen bedrijf geen passende arbeid mogelijk zijn, dan houdt daarmee het re-integratietraject niet op. De werkgever moet dan op zoek naar passende arbeid bij een andere werkgever, aldus de tweede volzin van art. 7:658a lid 1 BW. Deze vorm van re-integratie is bekend als re-integratie spoor 2. Voor beide re-integratie sporen moet de werkgever evenveel inspanning leveren, ook maakt het niet uit of de werknemer een contract voor bepaalde of onbepaalde tijd heeft gesloten.¹¹⁸

Het re-integratieproces kent naast de materiële verplichting ook formele verplichtingen. Zo moet de werkgever gedurende het hele proces aantekeningen bijhouden met betrekking tot het verloop van het ziekteverzuim, het aantal feitelijk gewerkte uren en de ondernomen activiteiten (art. 25 lid 1 WIA, art. 71a lid 1 WAO en art. 3 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar). Hiervoor worden alle gegevens, documenten en correspondentie die hier betrekking op hebben bewaard (art. 3 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar). In dit dossier is dan bijvoorbeeld ook terug te vinden op welke wijze en hoe vaak de werkgever de werknemer heeft gewezen op zijn re-integratieverplichtingen. Want hoewel deze ‘waarschuwingsplicht’ van de werkgever niet letterlijk terug te vinden is in de WVP, blijkt uit de jurisprudentie dat deze ‘waarschuwingsplicht’ voor de werkgever wel degelijk aanwezig is.¹¹⁹

Een andere formaliteit waar de werkgever mee te maken krijgt is het opstellen van een schriftelijk PvA (art. 7:658a lid 3 BW). In het PvA zijn tenminste de volgende punten opgenomen: de activiteiten die werkgever en werknemer ondernemen om de re-integratie te bespoedigen, wanneer het PvA wordt geëvalueerd en wie casemanager van het re-integratieproces wordt (art. 4 lid 2 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar). Concreet kunnen dit afspraken zijn over ‘een noodzakelijke behandeling, cursus of training’, maar ook afspraken over de ‘(tijdelijke) aanpassing van de werkplek, de werkorganisatie of de arbeidstijden’.¹²⁰ De werkgever moet een afschrift van het PvA aan de werknemer, de casemanager en de bedrijfsarts verstrekken (art. 4 lid 3 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar). Het PvA moet periodiek worden geëvalueerd (art. 25 lid 2 WIA). Met welke regelmaat de evaluatie van het PvA plaatsvindt is afhankelijk van de situatie en de afspraken die werkgever en werknemer hebben gemaakt. Het PvA moet in ieder geval worden bijgesteld, als een evaluatie of advies van de bedrijfsarts of arbodienst hiervoor reden geeft

¹¹⁶ Klosse & Vonk, 2014, p. 95.

¹¹⁷ *Kamerstukken I*, 2001/02, 27678, nr. 37a, p. 19-20.

¹¹⁸ Hof 's-Hertogenbosch 25 juli 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2820, r.o. 3.5.7; UWV, 2020, p. 16.

¹¹⁹ Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4907, r.o. 3.1.4; Rb. Noord-Holland 18 juni 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:5374, r.o. 5.13; Hof Den Haag 20 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2717, r.o. 20.

¹²⁰ UWV, 2020, p. 10.

(art. 4 lid 5 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar). Herstelt de werknemer bijvoorbeeld sneller, of juist trager dan verwacht, dan moet het PvA hierop aangepast worden.

Daarnaast moet de werkgever ook een re-integratieverslag opstellen (art. 25 lid 3 WIA en art. 71a lid 3 WAO). Het re-integratieverslag geeft alle reeds ondernomen re-integratie-inspanningen weer. Het verslag bevat ten minste de volgende stukken: de probleemanalyse van de bedrijfsarts waaruit de belastbaarheid van de werknemer blijkt; het PvA; bijstelling van de probleemanalyse; de (eerstejaars)evaluatie; een actueel oordeel van de bedrijfsarts of arbodienst; de eindevaluatie en medische informatie (art. 6 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar). Deze gegevens worden gedurende het re-integratieproces verzameld en daardoor is het re-integratieverslag uiteindelijk door werkgever en werknemer samen opgesteld.¹²¹

Het re-integratieverslag moet uiterlijk in week 91 na de eerste ziektedag worden ingediend bij het UWV (art. 25 lid 3 WIA en art. 71a lid 3 WAO). Met deze termijn en de hersteltermijn, om het re-integratieverslag indien nodig aan te vullen, wordt vanwege de huidige corona-crisis coulant omgegaan.¹²² Het re-integratieverslag wordt door het UWV gebruikt om te beoordelen of werkgever en werknemer voldoende re-integratie-inspanningen hebben geleverd. Mocht het UWV van oordeel zijn dat de werkgever onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft geleverd, dan kan zij de werkgever een loonsanctie opleggen.¹²³ In zo'n geval is de werkgever verplicht om na de loonbetaling tijdens de 104 weken van ziekte het loon voor nog eens maximaal 52 weken door te betalen (art. 25 lid 9 WIA en art. 71a lid 9 WAO).

4.2. Verplichtingen werknemer

Het re-integratietraject begint voor een werknemer eigenlijk al bij zijn ziekmelding. Want meldt hij zich niet ziek, dan weet de werkgever ook niet dat er sprake is van 'ongeschiktheid ten gevolge van ziekte' en kan de werkgever het re-integratieproces niet opstarten. De wettelijke verplichtingen van de werknemer volgen na de verplichtingen van de werkgever, niet alleen letterlijk in het wetboek, maar ook in de praktijk. Want de werknemer moet tijdens het re-integratietraject (de aanwijzingen van) de werkgever (op)volgen.

Net als bij de werkgever zijn de re-integratieverplichtingen van de werknemer op te delen in een materiële verplichting en formele verplichtingen.¹²⁴ De materiële verplichting voor de werknemer is het verrichten van passende arbeid 'waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt', aldus art. 7:660a lid 1 sub c BW. Wat onder passende arbeid wordt verstaan is hierboven reeds beschreven. Zodra de werkgever komt met een voorstel voor passende arbeid, zal de werknemer hier in principe op in moeten gaan. Alleen op basis van een deugdelijke grond, mag de werknemer de aangeboden arbeid weigeren.¹²⁵ Een deugdelijke grond is een gerechtvaardigde reden waarom in deze specifieke situatie de passende arbeid niet geaccepteerd hoeft te worden. De werknemer zal dit dus goed moeten onderbouwen.

De werknemer hoeft echter niet te wachten tot de werkgever hem passende arbeid aanbiedt. De werknemer mag zelf ook het initiatief nemen en voorstellen doen voor passende arbeid. De werkgever moet hier zoveel mogelijk positief op reageren en kan het voorstel van de werknemer alleen afwijzen als hij dit voldoende motiveert.¹²⁶

Als formele verplichtingen gelden voor de werknemer dat hij moet meewerken aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een PvA (art. 7:660a lid 1 sub b BW, art. 25 lid 6 WIA en art. 71a lid 6 WAO). Dit betekent bijvoorbeeld dat de werknemer zich zal moeten melden op het spreekuur van de bedrijfsarts. Doet de werknemer dit niet, dan kan de bedrijfsarts geen probleemanalyse opstellen, waar werkgever en werknemer uiteindelijk hun PvA op moeten baseren.

¹²¹ UWV 2020, p. 9.

¹²² Werkwijzer Poortwachter, Addendum versie 3 (online, laatst geraadpleegd 28-06-2020).

¹²³ Fluit, *ArbeidsRecht* 2017/53, p. 15.

¹²⁴ Klosse & Vonk, 2014, p. 95.

¹²⁵ Dietz & Opdam, *ArbeidRecht* 2019/14, p. 21.

¹²⁶ UWV 2020, p. 15.

Ook zal de werknemer moeten meewerken aan het opstellen van een re-integratieverslag (art. 71a lid 6 WAO, art. 25 lid 6 WIA en art. 6 lid 1 sub I Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar).

Daarnaast moet de werknemer de redelijke voorschriften van werkgever of een door hem aangewezen deskundige opvolgen en meewerken aan maatregelen die de werkgever of een door hem aangewezen deskundige heeft getroffen (art. 7:660a lid 1 sub a). Met de redelijke voorschriften van de werkgever wordt bedoeld op de afspraken die zijn vastgelegd in het PvA. Met de maatregelen die werkgever heeft getroffen wordt bedoeld op bijvoorbeeld aanpassing van de werkplek of de werklocatie van werknemer. Het hof 's-Hertogenbosch heeft in dit kader bijvoorbeeld recent overwogen dat het advies van de bedrijfsarts om te starten met mediation bijvoorbeeld ook onder de re-integratieverplichtingen valt.¹²⁷ Werknemer moet zich ook conformeren aan afspraken die mondeling zijn gemaakt met het oog op zijn re-integratie.¹²⁸

Een werknemer moet dus vooral meewerken aan de re-integratie en de besluiten van de werkgever opvolgen. Een werknemer die het niet eens is met de besluiten van zijn werkgever kan via het UWV een deskundigenoordeel aanvragen (art. 7:658b BW). Deze deskundige wordt dan gevraagd om zijn oordeel te geven over de situatie. Dit oordeel kan gaan over de medische situatie, de passende arbeid en de redelijkheid van de aanpassing.¹²⁹ Het deskundigenoordeel kan worden gebruikt om een advies van de bedrijfsarts en de daarop gebaseerde keuzes te 'overrulen'.¹³⁰

In eerste instantie is het aan de werkgever om de re-integratie-inspanningen van de werknemer te beoordelen. De werkgever mag de loondoorbetaling stop zetten als de werknemer zijn genezing belemmert, passende arbeid weigert, de redelijke voorschriften of getroffen maatregelen om passende arbeid mogelijk te maken niet opvolgt of als de werknemer niet meewerkt aan het opstellen, evalueren of bijstellen van een PvA (art. 7:629 lid 3 sub b tot en met sub e BW). De werkgever kan de loondoorbetaling opschorten als de werknemer controlevoorschriften van werkgever niet opvolgt (art. 7:629 lid 6 BW). Deze controlevoorschriften zijn er op gericht om de werkgever informatie te verstrekken zodat hij kan bepalen of de werknemer recht heeft op loon.¹³¹ De werkgever moet de werknemer wel vooraf waarschuwen, voordat hij de loonbetaling stopzet of opschort.¹³² Als de werkgever is overgegaan tot opschorting of stopzetting van de loonbetaling, dan moet werknemer hier onverwijld bericht van ontvangen (art. 7:629 lid 7 BW). De werknemer die het niet eens is met stopzetting of opschorting van de loonbetaling, kan een loonvordering instellen ex art. 7:629 BW.

4.3. Tussenconclusie

Op basis van de WVP is de werkgever verplicht om de zieke werknemer naar passende arbeid te helpen. Dit kan binnen zijn eigen bedrijf zijn, maar ook bij een andere werkgever. In verband hiermee moet de werkgever samen met de werknemer een PvA opstellen en uiteindelijk ook een re-integratieverslag. Op basis van die gegevens oordeelt het UWV uiteindelijk of de werkgever voldoende re-integratie-inspanningen heeft geleverd. Heeft de werkgever zich onvoldoende ingespannen, dan kan het UWV de werkgever verplichten langer het loon van de werknemer door te betalen.

Voor de werknemer geldt op basis van de WVP dat de passende arbeid die de werkgever aanbiedt in beginsel moet worden geaccepteerd. Verder moet de werknemer meewerken aan zijn re-integratie door samen met de werkgever een PvA en re-integratieverslag op te stellen. Van de werknemer wordt dus een positieve en actieve houding verwacht met enige flexibiliteit om de voorschriften van de werkgever op te volgen. Is de werkgever van oordeel dat de werknemer

¹²⁷ Hof 's-Hertogenbosch 6 februari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:372, r.o. 3.21.

¹²⁸ Hof 's-Hertogenbosch 6 februari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:372, r.o. 3.19.

¹²⁹ Couzijn & Foeken, 2005, p. 56; STECR, 2014, p. 56.

¹³⁰ Brink, *Conflicthantering* 2019(6).

¹³¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24439, nr. 3, p. 21.

¹³² *Kamerstukken II* 2000/01, 27678, nr. 14.

onvoldoende meewerkt aan zijn re-integratie, dan kan de werkgever besluiten de loondoorbetaling op te schorten of stop te zetten.

5. Mediation in arbeidsrelaties

“De kracht van de arbeidsmarkt is geworteld in de kwaliteit van de relatie tussen werkgever en werknemer op de werkvloer”, zo stelt de wetgever.¹³³ Maar net als in elke relatie kent een arbeidsrelatie soms ook zware tijden en zelfs conflicten. In sommige gevallen is mediation nodig om de arbeidsrelatie te herstellen of tot een goed einde te brengen.

Arbeidsmediation is binnen de mediationwereld een aparte tak van sport. Van een arbeidsmediator wordt namelijk niet alleen kennis en kunde op het gebied van mediation verwacht, maar ook met betrekking tot het arbeidsrecht. Voor partijen is het daarom van belang om een mediator te kiezen die de juiste deskundigheid bezit.¹³⁴ Afgezien van de deskundigheid van de mediator is er nog een aantal punten waarin arbeidsmediation verschilt ten opzichte van mediation in het algemeen, zoals is beschreven in hoofdstuk 2. Deze verschillen zullen in dit hoofdstuk nader worden uitgewerkt.

5.1. De partijen en het traject

Bij arbeidsmediation zijn het vaak de werkgever en de werknemer die tegenover elkaar staan. Mediation kan ook worden toegepast bij een conflict tussen werknemers onderling, maar zoals in het eerste hoofdstuk beschreven, richt deze scriptie zich enkel op een conflict tussen werkgever en werknemer.

Met betrekking tot de deelnemende werkgever en werknemer zal niet snel ter discussie staan of werknemer wel bevoegd is om deel te nemen aan het mediationtraject. Bij de werkgever kan dit echter wel ter discussie staan. Want met wie speelt het conflict en is diegene ook daadwerkelijk de werkgever? Mag degene met wie het conflict speelt wel optreden namens de werkgever in een mediationtraject? Daarom is het voor de werkgever van belang om bij het starten van een mediationtraject er voor te zorgen dat degene die deelneemt namens de werkgever aan het mediationtraject ook daadwerkelijk hiertoe bevoegd is.¹³⁵ Hierin is ook een rol weggelegd voor de mediator, want hij zal voor ondertekening van de mediationovereenkomst moeten nagaan of de partijen wel bevoegd zijn om deel te nemen aan het mediationtraject.

Zowel werkgever als werknemer kan in het proces voorafgaand aan de mediation worden bijgestaan door andere deskundigen, zoals bijvoorbeeld een advocaat. Partijen zullen bij het starten van een mediationtraject moeten besluiten of deze deskundige ook een rol krijgt in het mediationtraject. Samen met de mediator zal worden gekeken of ondersteuning door de andere deskundigen tijdens het gehele mediationtraject, of op enig moment, wenselijk is.¹³⁶ De beslissing hierover zal de mediator vastleggen in de mediationovereenkomst. Deskundigen die actief deelnemen aan de mediation zullen de mediationovereenkomst ook moeten ondertekenen. Is de deskundige alleen beschikbaar voor advies, dan volstaat het ondertekenen van een geheimhoudingsverklaring.¹³⁷

De mediator moet, naast het controleren van de bevoegdheid en het opstellen van de mediationovereenkomst, bij arbeidsmediation ook oog hebben voor de machtsbalans tussen partijen. Zoals in het derde hoofdstuk beschreven is er tussen werkgever en werknemer sprake van machtsongelijkheid omdat de werknemer (financieel) ondergeschikt is aan en afhankelijk is van de werkgever. In het tweede hoofdstuk is al beschreven wat een mediator kan doen om de machtsongelijkheid tussen partijen te verkleinen.

Een mediator moet zich dus inspannen om de minder machtige partij te versterken en te ondersteunen.¹³⁸ Hij moet dit wel op zo’n manier doen dat zijn neutrale en onpartijdige houding niet

¹³³ *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 3, p. 3.

¹³⁴ Brink, *NJB* 2016/1944, p. 2835.

¹³⁵ Apol, Kalff, Reijerkerk & Uitslag 2010, p. 177; Trap & Draaijer, *TAP* 2019/2, p. 22.

¹³⁶ Knipschild & IJsendoorn 2016, p. 38.

¹³⁷ Schonewille, 2018, p. 171.

¹³⁸ Frerks, Jongbloed, Uitslag & Westra (red.) 2016, p. 49.

in gevaar komt.¹³⁹ De machtsongelijkheid wordt minder relevant op het moment dat partijen over bepaalde punten hun gezamenlijk belang inzien en niet langer lijnrecht tegenover elkaar staan.¹⁴⁰ Als een mediationtraject goed verloopt zullen partijen steeds meer gezamenlijke belangen vinden, waardoor de machtsongelijkheid steeds verder naar de achtergrond verdwijnt. Ondanks dat de machtsongelijkheid naar de achtergrond kan verdwijnen, moet de mediator gedurende het hele traject over de machtsbalans waken.¹⁴¹

In het tweede hoofdstuk is aangegeven dat ieder mediationtraject maatwerk is. Bij arbeidsmediation is dit natuurlijk niet anders. Kenmerkend voor arbeidsmediation is echter dat er vaak gekozen wordt voor individuele kennismakingsgesprekken en er ook dikwijls gebruik gemaakt wordt van een of meerdere caucussessies. Het voeren van deze individuele gesprekken kunnen de mediation vooruit helpen omdat dit ruimte geeft om bepaalde uitspraken te doen, die in het bijzijn van de andere partij niet snel zullen worden gedaan.¹⁴² Deze ruimte voor individuele gesprekken en de vertrouwelijkheid van het mediationtraject zorgen er voor dat er ruimte is voor emoties en partijen open kaart kunnen spelen.¹⁴³

5.2. De stap naar de arbeidsmediator

Werkgever en werknemer kunnen via verschillende routes bij de arbeidsmediator terecht komen. Een van de mogelijkheden is dat de bedrijfsarts mediation heeft geadviseerd. Deze mogelijkheid zal in het volgende hoofdstuk worden uitgewerkt en blijft daarom hier verder buiten beschouwing.

Een andere mogelijkheid is om een mediationclausule op te nemen in de arbeidsovereenkomst. Van deze mogelijkheid wordt echter maar weinig gebruik gemaakt binnen het arbeidsrecht.¹⁴⁴ Als zo'n clausule al wordt opgenomen in een arbeidsovereenkomst is het nog maar zeer de vraag of deze daadwerkelijk afdwingbaar is.¹⁴⁵ Partijen kunnen ook zelf met het voorstel komen om mediation te beginnen. Uit hetgeen beschreven is in hoofdstuk 3 blijkt dat zowel van werkgever als werknemer wordt verwacht dat zij aan zo'n verzoek gehoor geven. Naast de partijen zelf, kan ook de vertrouwenspersoon of een medewerker van personeelszaken vanuit zijn deskundigheid adviseren om met mediation te starten.¹⁴⁶

Deze routes zijn echter allemaal vrijblijvend, want haakt een van partijen af, dan stopt het traject. Dit is ook in overeenstemming met de vrijwilligheid van mediation, zoals beschreven in hoofdstuk 2. Maar in dat hoofdstuk is ook beschreven, dat er steeds meer ruimte lijkt te komen voor een min of meer verplichte vorm van mediation. Binnen het arbeidsrecht lijkt er echter al sprake te zijn van een verkapte vorm van verplichte mediation. Pel beschrijft deze vorm van verplichte vrijwilligheid bij deelname aan mediation al in 2006.¹⁴⁷ Aan de hand van jurisprudentie-onderzoek concludeert Pel namelijk dat: na een mislukte mediation het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt toegewezen door de rechter; de werkgever die niet ingaat op een voorstel tot mediation of daar voorwaarden aan verbindt, vaak een hogere vergoeding riskeert; de werknemer die niet ingaat op een voorstel tot mediation juist een lagere vergoeding riskeert.¹⁴⁸ Knipschild en Van IJsendoorn hebben in 2014 en 2016 de Pel-vuistregels opnieuw tegen het licht gehouden en komen beide keren tot de conclusie dat de vuistregels nog altijd van toepassing zijn.¹⁴⁹

¹³⁹ Klijn 2004, p. 30.

¹⁴⁰ Frerks, Jongbloed, Uitslag & Westra (red.) 2016, p. 49.

¹⁴¹ Schonewille, 2018, p. 194.

¹⁴² Frerks, Jongbloed, Uitslag & Westra (red.) 2016, p. 177; Knipschild & Van IJsendoorn 2016, p. 37.

¹⁴³ Frerks, Jongbloed, Uitslag & Westra (red.) 2016, p. 31; Klijn 2004, p. 42; Knipschild & Van IJsendoorn 2016, p. 60-61.

¹⁴⁴ Knipschild & Van IJsendoorn 2016, p. 33.

¹⁴⁵ Zie voetnoot 47; Gathier, *ArbeidRecht* 2009/18.

¹⁴⁶ Stouthart, *ArbeidsRecht* 2019/30, p. 30.

¹⁴⁷ Pel, *ArbeidsRecht* 2006/54.

¹⁴⁸ Knipschild, *TAP* 2014/14, p. 113.

¹⁴⁹ Knipschild, *TAP* 2014/14, p. 117; Knipschild & Van IJsendoorn, *TAP* 2016/224.

Dit beeld wordt ook bevestigd in de door mij onderzochte jurisprudentie, zoals beschreven in hoofdstuk 3.

Of arbeidsmediation dus volledig vrijwillig wordt ingezet kan worden betwijfeld. Als werkgever en werknemer zich namelijk bewust zijn van de consequenties dan kan het haast niet anders dan dat dit de keuze voor mediation beïnvloed. Dus hoewel mediation wettelijk binnen het arbeidsrecht niet verplicht is, lijkt een verplichting tot mediation uit de jurisprudentie wel degelijk naar voren te komen.

5.3. De uitkomst

Het starten van arbeidsmediation is geen garantie voor succes. In de literatuur wordt wel erkend dat een vroegtijdige aanpak van het conflict via mediation vaak tot een succes leidt.¹⁵⁰ Maar een echte garantie tot succes bestaat niet. Net als bij mediation in het algemeen kan de arbeidsmediation uitmonden in een vaststellingsovereenkomst, geen volledige overeenstemming of totaal geen overeenstemming. Deze verschillende uitkomsten worden hieronder in het perspectief van arbeidsmediation nader uitgewerkt.

Partijen hebben totaal geen overeenstemming bereikt. Werkgever en werknemer komen er ook onder leiding van een mediator niet uit. Partijen kunnen of willen geen overeenstemming bereiken. Het kan zijn dat een van partijen om strategische redenen de mediation is gestart en bewust zonder overeenstemming wil afronden. Voor een gerechtelijke procedure is dan aantoonbaar dat er mediation is geprobeerd. Het is aan de mediator om hier zo snel mogelijk doorheen te prikken, zodat er geen mediationstraject plaatsvindt zonder dat partijen zich volledig inzetten.¹⁵¹

Partijen bereiken volledige overeenstemming. Deze overeenstemming kan betrekking hebben op het vertrek van de werknemer, maar ook op zijn terugkeer.¹⁵² Voordat een werknemer echt kan terugkeren in de organisatie is het van belang dat de arbeidsrelatie is hersteld en de emotionele blokkades zijn aangepakt. Hierdoor kunnen werkgever en werknemer samen aan de slag en zich weer richten op de toekomst.¹⁵³

De mediation kan ook gericht zijn op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zogenaamde exit-mediation.¹⁵⁴ Het voordeel van exit-mediation ten opzichte van een gerechtelijke ontbindingsprocedure is dat de mediationprocedure sneller verloopt dan de gerechtelijke procedure.¹⁵⁵ Een ander voordeel is dat exit-mediation ruimte biedt voor een 'creatieve' vorm van ontslagvergoeding indien partijen dit wensen.

Als laatste de optie dat partijen slechts gedeeltelijk overeenstemming hebben bereikt. Zoals in hoofdstuk 2 beschreven zal de mediator dan een document opstellen met daarin de afspraken die partijen wel hebben kunnen maken.¹⁵⁶ Het is vervolgens aan partijen om verder aan de slag te gaan met het conflict, dit kan bijvoorbeeld door het starten van een gerechtelijke procedure, maar ook door een ander bemiddelingstraject te kiezen.

5.4. Voordelen en nadelen van arbeidsmediation

Voordelen die specifiek voor arbeidsmediation gelden zijn de mogelijkheid om de arbeidsrelatie te herstellen doordat er de ruimte is om emoties te tonen in de vertrouwelijkheid van de mediation. Als werkgever en werknemer de arbeidsrelatie willen beëindigen, dan heeft arbeidsmediation als voordeel dat het sneller is dan een gerechtelijke procedure en de vorm van vergoeding op geheel eigen wijze kan worden ingevuld.

¹⁵⁰ Frerks, Jongbloed, Uitslag & Westra (red.) 2016, p. 174; Jordaan, *Conflicthantering* 2016(3); Klijn 2004, p. 10.

¹⁵¹ Knipschild, *TAP* 2014/14.

¹⁵² Stouthart, *ArbeidsRecht* 2019/30, p. 30.

¹⁵³ Klijn, 2004, p. 28.

¹⁵⁴ Trap & Draaijer, *TAP* 2019/2, p. 20.

¹⁵⁵ Knipschild & Van IJsendoorn, 2016, p. 61.

¹⁵⁶ Zie voetnoot 36.

De vertrouwelijkheid van de mediation hoeft niet alleen als voordeel te werken. Vanwege de vertrouwelijkheid mogen beide partijen de informatie uit het traject maar ook het gedrag en de houding van de andere partij tijdens het mediationtraject niet gebruiken als bewijs in een gerechtelijke procedure, dit kan als nadelig worden ervaren. De andere voordelen en nadelen die voor arbeidsmediation gelden, gelden ook voor mediation in het algemeen gelden en zijn terug te lezen in hoofdstuk 2.

5.5. Tussenconclusie

Arbeidsmediation is een specifieke vorm van mediation, waarbij over het algemeen meer gebruik wordt gemaakt van individuele contactmomenten met de mediator. Van de mediator wordt kennis en kunde van het arbeidsrecht verwacht. Ook moet de mediator er op bedacht zijn om de beslissingsbevoegdheid van degene die optreedt namens de werkgever te controleren. Daarnaast moet de mediator in staat zijn om de machtsongelijkheid tussen werkgever en werknemer weg te nemen of beheersbaar te maken.

Arbeidsmediation kan zorgen voor herstel van de arbeidsrelatie, maar ook voor beëindiging van de arbeidsrelatie. Daarnaast is het, net als bij mediation in het algemeen, mogelijk dat er geen of slechts op enkele punten overeenstemming wordt bereikt.

Arbeidsmediation vindt in principe plaats op basis van vrijwilligheid. Al blijkt uit jurisprudentie dat de rechter wel degelijk consequenties voor zowel werkgever als werknemer verbindt aan het al dan niet deelnemen aan een mediationtraject. Daarom lijkt er sprake te zijn van een verkapte vorm van verplichte mediation binnen het arbeidsrecht.

6. Mediation via de bedrijfsarts

Zoals in het vorige hoofdstuk al even kort aangestipt, kan een bedrijfsarts adviseren om mediation te starten. De bedrijfsarts is als deskundige betrokken bij de WVP en adviseert de werkgever in dat kader (art. 14 lid 1 sub b Arbowet). In die hoedanigheid kan hij in het kader van de re-integratie adviseren om een mediationtraject te starten.

Daarnaast kan sinds 2017 iedere werknemer zich tot de bedrijfsarts kan wenden voor 'vraagstukken in verband met de arbeid' (art. 14 lid 1 sub c onder 3 Arbowet).¹⁵⁷ Naar aanleiding van zo'n bezoek kan ook mediation worden geadviseerd. De bedrijfsarts heeft in zo'n geval wel toestemming van de werknemer nodig om zijn bevindingen en advies met de werkgever te kunnen delen.¹⁵⁸

De bedrijfsarts is een deskundige die de werkgever en de werknemer gevraagd en ongevraagd van advies kan voorzien. Bij een ziekmelding wordt van de bedrijfsarts verwacht dat hij uitzoekt welke klachten een rol spelen en wat de oorzaak van deze klachten is.¹⁵⁹ Om tot zijn conclusies te komen moet de bedrijfsarts handelen conform de geldende professionele standaard (art. 7: 453 BW). Onderdeel van deze professionele standaard is de Werkwijzer Arbeidsconflicten (hierna: Werkwijzer) van de Stichting Expertise Centrum Participatie (hierna: STECR) en sinds kort ook de Richtlijn Conflicten in de werksituatie (hierna: Richtlijn) van de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde (hierna: NVAB).¹⁶⁰

6.1. De Werkwijzer en de Richtlijn

STECR heeft de Werkwijzer opgesteld met als uitgangspunt dat arbeidsconflicten 'een belangrijke bron van verzuim vormen' en daarom is een goede aanpak en waar mogelijk het 'demedicaliseren' van de conflicten van belang.¹⁶¹ De huidige werkwijzer is de zesde versie en dateert uit 2014. Doel van de werkwijzer is om de bedrijfsarts handvatten te bieden wanneer er sprake is van een arbeidsconflict met een zieke werknemer. De huidige Werkwijzer biedt 'juridische scherpte en maximale duidelijkheid' voor de bedrijfsarts.¹⁶²

Startpunt van de Werkwijzer is de vraag of de werknemer wegens ziekte zijn arbeid niet kan verrichten.¹⁶³ Deze vraag is van belang voor de positie van de bedrijfsarts en de juridische achtergrond hiervan. Want hoewel de bedrijfsarts zowel bij een zieke als bij een niet zieke werknemer gebruik kan maken van de Werkwijzer om tot een advies te komen, is de achtergrond van het advies anders.

Op het moment dat de werknemer niet ziek is adviseert de bedrijfsarts namelijk vanuit het perspectief van de Arbeidsomstandighedenwet en het Professioneel Statuut van de bedrijfsarts.¹⁶⁴ Op basis van de Arbeidsomstandighedenwet en het Professioneel Statuut hebben werkgever en werknemer geen pressiemiddelen voor handen om opvolging van het advies van de bedrijfsarts af te dwingen.

Is de werknemer wel ziek, dan adviseert de bedrijfsarts vanuit het perspectief van de WVP. Op basis van de WVP heeft de bedrijfsarts wettelijke bevoegdheden, zo beschrijft de Werkwijzer.¹⁶⁵ De bedrijfsarts is dan namelijk betrokken bij het opstellen en bijstellen van het PvA en kan daarin ook het interventieplan verwerken om het arbeidsconflict op te lossen.¹⁶⁶ Omdat de werkgever

¹⁵⁷ Stb. 2017, 254.

¹⁵⁸ STECR 2014, p. 10.

¹⁵⁹ Couzijn & Foeken 2005, p. 44 & 68.

¹⁶⁰ Oosterhuis e.a. 2019, p. 7.

¹⁶¹ Knipschild & Van IJsendoorn 2016, p. 73.

¹⁶² STECR 2014, p. 4.

¹⁶³ NVAB en STECR 2015, p. 2.

¹⁶⁴ STECR 2014, p. 10.

¹⁶⁵ STECR 2014, p. 9.

¹⁶⁶ STECR 2014, p. 8.

uiteindelijk de eindverantwoordelijke over de re-integratie is¹⁶⁷, ben ik van mening dat de bedrijfsarts vanuit de WVP gezien een belangrijke rol heeft. Maar om te spreken van wettelijke bevoegdheid vind ik erg ver gaan; de bedrijfsarts kan naleving van zijn advies immers niet afdwingen.

In de huidige versie van de Werkwijzer wordt mediation gepresenteerd als een van de mogelijke interventies bij een arbeidsconflict. Als mediation als interventiemogelijkheid wordt gekozen, dan moet deze keuze door de bedrijfsarts goed worden gemotiveerd en worden voorzien van een termijn waarbinnen de mediation kan worden gestart.¹⁶⁸ Deze advieskeuze voor mediation is beduidend anders dan in voorgaande Werkwijzers. In de eerste versies van de Werkwijzer werd mediation gepresenteerd als 'standaardoplossing' voor arbeidsconflicten. Deze 'standaardoplossing' zorgde in de praktijk voor problemen. Want het niet opvolgen van het advies van de bedrijfsarts leidde in de praktijk tot sancties bij zowel de werkgever als de werknemer in het kader van de WVP. Sinds de vijfde versie van de Werkwijzer wordt dan ook geadviseerd om terughoudender te zijn met het adviseren van mediation.¹⁶⁹

Sinds 2019 bestaat naast de Werkwijzer ook de Richtlijn. Met deze Richtlijn wil de NVAB beter aansluiten bij de brede rol van de bedrijfsarts.¹⁷⁰ Doel van de Richtlijn is 'het voorkomen van conflicten in de werksituatie, en in het geval van een conflict het komen tot een constructieve oplossing'.¹⁷¹ Hierin is gelijk al te zien dat de Richtlijn een breder spectrum beslaat dan de Werkwijzer. Daar waar de Werkwijzer uitgaat van een zieke werknemer die te maken heeft met een arbeidsconflict, ziet de Richtlijn ook een rol weggelegd voor de bedrijfsarts in de preventie van arbeidsconflicten.

Om implementatie van de Richtlijn te bevorderen wordt verwacht dat iedere bedrijfsarts zijn eigen conflictmanagementstijl bepaalt en een training conflicthantering of conflictmanagementvaardigheden volgt.¹⁷² Hierdoor kan de bedrijfsarts de conflicten beter herkennen en zou de keuze voor een interventiemogelijkheid meer adequaat en accuraat zijn.¹⁷³ Mediation is slechts een van de interventiemogelijkheden die de Richtlijn voorschrijft.¹⁷⁴ Het inschakelen van een mediator wordt pas geadviseerd als partijen niet langer bereid zijn tot constructief overleg, of de bereidheid daartoe sterk is verminderd.¹⁷⁵

Meest opvallend verschil tussen de Werkwijzer en de Richtlijn is dus dat het uitgangspunt van beide documenten totaal anders is. De Werkwijzer kiest voor een meer juridisch uitgangspunt en zoekt zoveel mogelijk aansluiting bij de WVP, terwijl de Richtlijn kiest voor een bredere visie op arbeidsconflicten en haar aanpak, waardoor er ook ruimte is om de preventie van arbeidsconflicten te belichten. Ondanks het verschil in uitgangspunt, is het resultaat van beide richtlijnen hetzelfde, de bedrijfsarts brengt een advies uit met betrekking tot een interventiemethode als er sprake is van een arbeidsconflict.

Als dit advies uitgebracht wordt in het kader van de WVP, omdat de werknemer niet in staat is om zijn bedongen arbeid te verrichten, dan moeten werkgever en werknemer 'iets' doen met dit advies. Dit 'iets' kan zijn dat werkgever en werknemer het advies overnemen in hun PvA en de aanbevolen mediation starten. Het kan ook zijn dat de werkgever of werknemer het niet eens zijn met het uitgebrachte advies. De werkgever kan het advies naast zich neerleggen en het mediationstraject niet starten. De werknemer heeft dan als drukmiddel om een deskundigenoordeel aan te vragen bij het UWV met betrekking tot de inspanningen die de werkgever levert in het kader

¹⁶⁷ Schreurs, *ArbeidsRecht* 2019/13, p. 17.

¹⁶⁸ STECR 2014, p. 13.

¹⁶⁹ Knipschild & Van IJsendoorn 2016, p. 73.

¹⁷⁰ Fiselier & Schreurs, *ArbeidsRecht* 2019/44, p. 12.

¹⁷¹ Oosterhuis e.a. 2019, p. 4.

¹⁷² Oosterhuis e.a. 2019, p. 7.

¹⁷³ Dollekens & De Groot, *TRA* 2019/107, p. 20.

¹⁷⁴ Oosterhuis e.a. 2019, p. 14.

¹⁷⁵ Oosterhuis e.a. 2019, p. 12.

van de re-integratie (art. 7:658b BW). Dit kan dan uiteindelijk uitmonden in een loonsanctie die het UWV oplegt aan de werkgever, zoals beschreven in het vierde hoofdstuk.

Als de werknemer het niet eens is met het advies van de bedrijfsarts, dan kan hijzelf of de werkgever voor hem ook een deskundigenoordeel aanvragen. Als hieruit blijkt dat de werknemer zich wel moet inspannen voor de mediation, dan kan de werkgever overgaan tot stopzetting van de loonbetaling, zoals beschreven in het vierde hoofdstuk.

6.2. Preventieve mediation?

Preventie van arbeidsconflicten valt buiten de reikwijdte van de WVP, maar zowel in de Werkwijzer als in de Richtlijn en in de literatuur wordt erkend is dat voor een goede oplossing een vroegtijdige aanpak van een arbeidsconflict van belang is.¹⁷⁶ Deze snelle aanpak sluit naadloos aan bij het doel van de WVP, namelijk “om in een vroegtijdig stadium actie te ondernemen gericht op een spoedige terugkeer in het arbeidsproces”.¹⁷⁷ Daarom is mijn inziens de preventie van en het tijdig herkennen en erkennen van een arbeidsconflict ook van belang voor de inspanningen die de werkgever en werknemer moeten leveren. Want een tijdige start in conflictbemiddeling betekent ook een conflict dat niet ver geëscaleerd is en dus ligt een kort mediationtraject in de lijn der verwachting.

De factoren die de Richtlijn benoemt als risicofactoren voor het ontstaan van een arbeidsconflict, sluiten aan bij de factoren die door de wetgever worden genoemd met betrekking tot psychosociale arbeidsbelasting (art. 1 lid 3 sub e Arbowet). Een beleid met betrekking tot psychosociale arbeidsbelasting moet onderdeel uitmaken van het reguliere arbeidsomstandighedenbeleid van de werkgever.¹⁷⁸ Om daarmee uiteindelijk te zorgen dat verzuim en arbeidsongeschiktheid kan worden teruggedrongen.¹⁷⁹

Daarom kan het, mijns inziens, de werkgever en uiteindelijk ook de werknemer helpen om mediation op te nemen in het arbeidsomstandighedenbeleid in het kader van psychosociale arbeidsbelasting. Hierdoor wordt een snelle aanpak van een arbeidsconflict vergemakkelijkt, waarmee in sommige situaties (langdurig) verzuim kan worden voorkomen.

6.3. Tussenconclusie

Als een bedrijfsarts een arbeidsconflict signaleert tijdens zijn spreekuur, dan kan hij aan de hand van de Werkwijzer of de Richtlijn overgaan tot advisering van mediation om het arbeidsconflict aan te pakken. Als de werknemer de bedrijfsarts heeft bezocht op eigen initiatief, dan mag de bedrijfsarts zijn bevindingen en advies alleen delen met de werkgever nadat de werknemer hier toestemming voor heeft gegeven.

Als de werknemer echter naar aanleiding van een ziekmelding bij de bedrijfsarts op zijn spreekuur verschijnt, dan is de WVP van toepassing. Op basis van de WVP deelt de bedrijfsarts zijn bevindingen met de werkgever en zullen de werkgever en werknemer aan de slag moeten met zijn advies. Het advies kunnen de werkgever en werknemer enkel met een deugdelijke grond aan de kant schuiven. Is er geen deugdelijke grond aanwezig, dan zullen zij over moeten gaan tot mediation. Doen zij dit niet, dan kunnen de sancties uit de WVP, zoals beschreven in hoofdstuk 4, worden toegepast.

Preventieve mediation valt niet onder de werking van de WVP, maar kan als middel om de psychosociale arbeidsbelasting tegen te gaan worden opgenomen in het arbeidsomstandighedenbeleid. Hierdoor kan de werkgever er naar streven om arbeidsconflicten zo vroeg mogelijk te herkennen en erkennen, waardoor de arbeidsconflicten snel kunnen worden aangepakt.

¹⁷⁶ STECR 2014, p. 12; Oosterhuis e.a. 2019, p. 12; Fiselier & Schreurs, *ArbeidsRecht* 2019/44, p. 13 & 16; Brink, *Conflicthantering* 2019(6); Klijn 2004, p. 10; Pel, *Justitiële verkenningen* 2003/8, p. 28.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2000/01, 27678, nr. 5, p. 8.

¹⁷⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30552, nr. 3, p. 31.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30552, nr. 3, p. 2.

7. Conclusie

In de voorgaande hoofdstukken is aandacht besteed aan mediation in het algemeen, de beginselen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap in het kader van arbeidsgeschillen, de WVP en arbeidsmediation, al dan niet naar aanleiding van een bezoek aan de bedrijfsarts. In dit laatste hoofdstuk wordt alle voorgaande informatie samengevoegd om de onderzoeksvraag te beantwoorden.

De onderzoeksvraag in deze scriptie luidt: *“Welke inspanning vereist een mediationtraject in een arbeidsrelatie, gezien vanuit de juridische beginselen van goed werkgever- en werknemerschap, onder andere in verband met de Wet verbetering poortwachter?”*

Om antwoord te geven op deze vraag zal eerst kort worden stilgestaan bij het (arbeids)mediationtraject. Daarna zullen de inspanningen die de werkgever moet leveren op basis van het goed werkgeverschap en op basis van de WVP worden belicht. Vervolgens wordt stilgestaan bij de inspanningen die de werknemer moet leveren op basis van het goed werknemerschap en op basis van de WVP. Afgesloten wordt met een slotsom waarin de balans wordt opgemaakt.

7.1. Het (arbeids)mediationtraject en de mediator

Mediation is een vorm van conflictbemiddeling waarbij de conflicterende partijen onder begeleiding van een mediator samen proberen tot een oplossing te komen. Mediation is geschikt voor vrijwel ieder conflict; de mate waarin het conflict is geëscaleerd heeft vaak wel invloed op de duur van het mediationtraject. Hoe sneller een conflict aan de mediator wordt voorgelegd, des te groter de kans op kortdurend mediationtraject dat met succes wordt afgerond.

Kenmerkend voor mediation zijn; vrijwilligheid, vrijblijvendheid, vertrouwelijkheid en vrijheid. De mediator is de procesbegeleider die neutraal en onafhankelijk voor goede communicatie tussen partijen moet zorgen en de machtsbalans tussen partijen moet bewaken. Voor de conflicterende partijen geldt dat ze allereerst bereid moeten zijn om zich te wenden tot een mediator. Vervolgens zullen zij zich moeten inspannen om onder begeleiding van de mediator in gesprek te gaan en zo mogelijk tot overeenstemming te komen.

Bij arbeidsmediation is er altijd sprake van machtsongelijkheid tussen de partijen, omdat de werknemer in een ondergeschikte positie verkeert ten opzichte van de werkgever. Daarom moet de mediator de machtsbalans goed bewaken. Daarnaast is er bij arbeidsmediation, ten opzichte van andere vormen van mediation, vaker sprake van een caucus. Arbeidsmediation kent geen wettelijke basis in Nederland, maar op basis van de Pel-vuistregels, onderzoek van Knipschild en Van IJsendoorn en het voor deze scriptie uitgevoerde onderzoek kan worden geconcludeerd dat aan het al dan niet deelnemen aan een mediationtraject door de rechter vaak consequenties worden verbonden.

7.2. Inspanningen van de werkgever

Hoewel werkgever en werknemer zich volgens art. 7:611 BW beiden ‘goed’ moeten gedragen, wordt het gedrag van de werkgever hem eerder aangerekend door de rechter. Daardoor is er over de inspanningen die een werkgever moet leveren in een conflictsituatie en bij mediation meer jurisprudentie te vinden dan voor de inspanningen die een werknemer moet leveren.

Ook in de WVP ligt het zwaartepunt van de inspanningsverplichting bij de werkgever. Dit blijkt uit het feit dat de werkgever degene is die het voortouw moet nemen bij de re-integratie.

7.2.1. Goed werkgeverschap

Op basis van de onderzochte jurisprudentie en literatuur met betrekking tot het goed werkgeverschap kan worden geconcludeerd dat de werkgever de volgende inspanningen moet leveren tijdens een mediationtraject:

- De werkgever mag geen voorwaarden stellen aan de vorm van communicatie met de werknemer;
- De werkgever mag geen voorwaarden stellen voor deelname aan mediation;

- De werkgever mag in het eerste contact met de werknemer niet direct overgaan tot het opleggen van of dreigen met sancties, om de werknemer zo tot deelname aan mediation te dwingen;
- De werkgever moet ingaan op het verzoek van de werknemer om mediation te starten of het advies van de bedrijfsarts waarin naar mediation wordt verwezen;
- De werkgever moet een juiste houding aannemen tijdens het gesprek. Hieronder wordt in ieder geval verstaan; geen rigide houding, geen provocerende houding, niet voor het blok zetten, geen tweeslachtige houding en als de werkgever de mediation wenst te beëindigen, dan moet hij dit ook aan werknemer communiceren;
- Een gesprek over het conflict of de mediation mag niet onaangekondigd, tijdens een verlof of direct na een vakantie plaatsvinden;
- De werkgever moet zich meer inspannen naarmate de werknemer langer bij de werkgever in dienst is.

Als grens voor de inspanningen van de werkgever geldt dat de werkgever zich niet langer hoeft in te spannen voor een mediationtraject als er al meerdere mediationpogingen zijn ondernomen of als de arbeidsrelatie onherstelbaar verstoord is.

In de wet is geen consequentie verbonden aan de werkgever die zich niet goed gedraagt. Uit de onderzochte jurisprudentie, de Pel-vuistregels en herhaald onderzoek van Knipschild en Van IJsendoorn kan echter geconcludeerd worden dat de rechter wel degelijk consequenties verbindt aan de werkgever die zich niet goed gedraagt tijdens een conflict of bij een mediationtraject.

7.2.2. Werkgever en WVP

De WVP is van toepassing op het moment dat een werknemer langdurig ziek is en daardoor niet in staat is om zijn werk te verrichten. Langdurig ziekteverzuim kan veroorzaakt worden door ziekte, maar ook door ziekte in combinatie met een arbeidsconflict. Als er sprake is van een arbeidsconflict, dan wordt bemiddeling van dat conflict meegenomen in het re-integratietraject.

Zoals hierboven al aangestipt, moet de werkgever op basis van de WVP het voortouw nemen tijdens de re-integratie. Daarnaast moet de werkgever:

- het re-integratietraject bevorderen;
- passende arbeid aanbieden;
- aantekeningen bijhouden;
- een PvA opstellen, evalueren en bijstellen in samenspraak met de werknemer;
- een re-integratieverslag opstellen in samenspraak met de werknemer; en
- de werknemer waarschuwen voordat de werkgever overgaat tot het opleggen van een sanctie.

Op basis van de onderzochte literatuur en jurisprudentie is geen grens ontdekt wanneer de werkgever zich niet langer moet inspannen. Vanwege het opstellen, evalueren en bijstellen van het PvA en het opstellen van het re-integratieverslag zijn werkgever en werknemer verplicht om contact met elkaar te hebben tijdens de re-integratie. Behalve deze verplichte contactmomenten zijn er geen specifieke regels gevonden met betrekking tot de houding van de werkgever als er sprake is van een arbeidsconflict of mediationtraject. Voor de bedrijfsarts is een dergelijke handreiking wel opgesteld in de vorm van de Werkwijzer en de Richtlijn. Deze richtlijnen moeten de bedrijfsarts helpen bij zijn overweging om mediation te adviseren aan de werkgever en de werknemer.

In de WVP is opgenomen dat het UWV beoordeelt of de werkgever voldoende re-integratie-inspanningen heeft geleverd voor de re-integratie van de werknemer. Als dat niet het geval is dan kan het UWV een loonsanctie opleggen.

7.3. Inspanningen van de werknemer

Omdat de werknemer ondergeschikt is aan de werkgever, is er minder jurisprudentie over de door hem te leveren inspanning te vinden. Dit neemt echter niet weg dat een goed werknemer in een conflictsituatie of mediationtraject zich ook moet inspannen.

Uit de onderzochte jurisprudentie is naar voren gekomen dat een goed werknemer moet meewerken aan een mediationtraject als de bedrijfsarts dit voorstelt. Ook moet de werknemer meewerken aan het opstellen van een verbeterplan. Daarnaast moet de werknemer zich er van bewust zijn dat zijn persoonlijke belang ondergeschikt is aan het belang van de werkgever. Als grens voor de inspanning van een werknemer geldt dat de werknemer zich niet voor een mediationtraject hoeft in te spannen als de werkgever hierin niet voortvarend te werk gaat. Een verdere inkleuring van de inspanningen van de werknemer is op basis van de onderzochte jurisprudentie en literatuur helaas niet te geven.

Net als bij de werkgever, wordt er in art. 7:611 BW geen consequentie verbonden aan de werknemer die zich niet goed gedraagt. Echter kan, net als bij de werkgever, op basis van de onderzochte jurisprudentie, de Pel-vuistregels en herhaald onderzoek van Knipschild en Van IJsendoorn wel geconcludeerd worden dat de rechter wel degelijk consequenties verbindt aan het gedrag tijdens een conflict en een mediationtraject.

Op basis van de WVP moet een werknemer passende arbeid die hem wordt aangeboden verrichten, de werknemer mag hiertoe ook zelf het initiatief nemen. Daarnaast moet de werknemer meewerken aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een PvA en opstellen van een re-integratieverslag. De werkgever beoordeelt of de werknemer zich tijdens de re-integratie voldoende inspant en kan bij een gebrek aan re-integratie-inspanning de loonbetaling stopzetten of opschorten.

7.4. Slotsom

Uit bovenstaande blijkt dat zowel werkgever als werknemer zich moeten inspannen voor een mediationtraject. De werkgever moet meer inspanning leveren dan de werknemer. Dit is te verklaren door de machtsongelijkheid die bestaat tussen de werkgever en de werknemer. Levert de werkgever of de werknemer onvoldoende inspanning, dan zijn daar consequenties aan te verbinden op basis van de WVP of door de rechter op basis van art. 7:611 BW.

Een van de succesfactoren voor mediation is het vroegtijdig starten met een mediationtraject zodat het conflict nog niet te ver is geëscaleerd. Dit zorgt voor een grotere slagingskans van de mediation en vaak voor een relatief kort mediationtraject. Daarnaast komen de risicofactoren voor een arbeidsconflict, zoals omschreven in de Richtlijn, overeen met de factoren die zorgen voor psychosociale arbeidsbelasting.

Daarom zou ik hier willen aanbevelen om mediation als vorm van conflictbemiddeling verplicht op te laten nemen in het arbeidsomstandighedenbeleid van een organisatie. Een aanpassing van art. 2.14 Arbeidsomstandighedenbesluit zou dit mogelijk maken. Mediation als maatregel ter voorkoming of beperking van psychosociale arbeidsbelasting zorgt er voor dat een mediator snel en laagdrempelig bereikbaar is. Waardoor de werkgever en de werknemer in een vroeg stadium met mediation kunnen beginnen en met (relatief) weinig inspanningen het conflict tot een (goed) einde kunnen brengen.

8. Literatuurlijst

Apol, Kalff, Reijerkerk & Uitslag 2010.

G. Apol, S. Kalff, L. Reijerkerk & M. Uitslag, *Conflicthantering en mediation*, Bussum: Uitgeverij Coutinho 2010.

Bauw 2017, p. 66.

E. Bauw (e.a.), *Rechtsstaetelijke waarborging van buitengerechtelijke geschillenoplossing*, Utrecht: WODC 2017.

Brink, Conflicthantering 2019(6).

H. Brink, 'Ziekmakende arbeidsconflicten en het handboek van de heelmeester', *Conflicthantering* 2019(6).

Brink, NJ 2011/1998.

M. Brink, 'Verplichtstelling' van mediation?', *NJ* 2011/1998, afl. 39.

Brink, NJB 2016/1994.

M. Brink, 'Mediation. Don't fix it if it isn't broken', *NJB* 2016/1944, afl. 38, p. 2831-2836.

Broekhuijsen-Molenaar, NJB 2019/1200.

A. Broekhuijsen-Molenaar, 'Mediation: vrijwillig of afdwingbaar?', *NJB* 2019/1200, afl. 21, p. 1533-1538.

Bungener 2008.

A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2008.

Couzijn & Foeken, 2005.

A. Couzijn & H. Foeken, *Handboek mediation bij arbeidszaken*, Utrecht: Gopher 2005.

Dietz & Opdam, ArbeidsRecht 2019/14.

J. Dietz & M. Opdam, 'Ontslag op staande voet na schending re-integratieverplichtingen: mission impossible?', *ArbeidsRecht* 2019/14, afl. 3, p. 20-25.

Dollekens & De Groot, TRA 2019/107.

B. Dollekens & E.W. de Groot, 'Arbeidsconflicten, een moeras voor bedrijfsarts en jurist. De nieuwe NVAB richtlijn 'Conflicten in de werksituatie' nade beschouwd', *TRA* 2019/107, afl. 12, p. 17-20.

Fiselier & Schreurs, ArbeidsRecht 2019/44.

M.E.S. Fiselier & S.K. Schreurs, 'Richtlijn conflicten in de werksituatie', *ArbeidsRecht* 2019/44, afl. 11, p. 12-17.

Frerks, Jongbloed, Uitslag & Westra (red.) 2016.

G. Frerks, T. Jongbloed, M. Uitslag & T. Westra (red.), *Macht en mediation*, Apeldoorn | Antwerpen: Maklu 2016.

Gathier, ArbeidsRecht 2009/18.

E.R. Gathier, 'De opname van een mediationclausule in een arbeidscontract', *ArbeidsRecht* 2009/18, afl. 3.

Heerma van Voss, TRA 2011/77.

G.J.J. Heerma van Voss, 'De dynamiek van het goed werkgeverschap. Over de thermometer en de kraamkamer van het arbeidsrecht', *TRA 2011/77*, afl. 10.

Hooftman, Enquête 2018, 2019.

W.E. Hooftman e.a., *Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden 2018. Methodologie en globale resultaten*, CBS Leiden, Heerlen: 2019, p. 66.

Hooftman, Enquête 2019, 2019.

W.E. Hooftman e.a., *Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden 2019. Methodologie en globale resultaten*, CBS Leiden, Heerlen: 2019, p. 71

Klijn 2004.

L. Klijn, *Mediation in arbeidsrelaties. Handleiding voor de praktijk*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004.

Klosse & Vonk, 2014.

S. Klosse & G.J. Vonk, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Knipschild & Van IJsendoorn 2016.

E. Knipschild & S. van IJsendoorn, *Arbeidsrecht en mediation. De rol van mediation in de arbeidsrechtpraktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.

Knipschild & Van IJsendoorn, TAP 2016/224.

E. Knipschild & S.J. van IJsendoorn, 'Mediation en de Wet werk en zekerheid', *TAP 2016/224*, afl. 5.

Laagland, in: Arbeidsovereenkomst, art. 7:611 BW, aant. 3 (online, bijgewerkt 1 januari 2019).

F.G. Laagland, 'De vage norm van art. 7:611 BW: beginselen van behoorlijk ondernemerschap', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Langeweg 2019.

S. Langeweg (red.), *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, Den Haag: WRR 2019.

Larson 2018.

L. Larson, *Mediation met Geweldloze Communicatie*, Rotterdam: Lemniscaat 2018 (*Skapa möten och kontakt genom medling : att agera tredje part med hjälp av nonviolent communication* 2010, vertaald door M. Brouwers en H. Macranders).

NVAB & STECR 2015.

NVAB & STECR, *Gezamenlijke Verklaring NVAB en STECR*, Utrecht 2015.

Oosterhuis e.a. 2019.

T. Oosterhuis e.a., *Richtlijn Conflicten in de werksituatie. Voor het handelen van de bedrijfsarts*, Utrecht: Kwaliteitsbureau NVAB 2019.

Pel, ArbeidsRecht 2006/54.

J. Pel, 'Mediation in de arbeidsrechtpraktijk', *ArbeidsRecht 2006/54*, p. 3-7.

Pel, Justitiële verkenningen jrg. 29, nr. 8.

M. Pel, 'Mediation naast rechtspraak. Naar een effectieve geschilafdoening op maat', *Justitiële verkenningen*, jrg. 29, nr. 8, p. 21-32.

Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/1.5.

H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën BW nr. A), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schonewille 2018.

M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation. Resultaat bereiken als mediator, manager, mediation advocate en onderhandelaar*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Schreurs, *ArbeidsRecht* 2019/13.

S.K. Schreurs, 'De rolverdeling van functionarissen bij ziekte, re-integratie of conflict', *ArbeidsRecht* 2019/13, afl. 3, p. 15-19.

STECR, 2014.

STECR, *Werkwijzer Arbeidsconflicten* (versie 6), 2014.

Stouthart, *ArbeidsRecht* 2019/30.

G.A. Stouthart, 'Arbeidsrechtconflicten en mediation', *ArbeidsRecht* 2019/30, afl. 6/7, p. 28-33.

Trap & Draaijer, *TAP* 2018/62.

J.J. Trap & J.J. Draaijer, 'Mediation in arbeidsconflicten: enkele vingervijzingen voor de advocaat als partijbegeleider', *TAP* 2018/62, afl. 2, p. 19-24.

UWV, 2020.

UWV, *Werkwijzer Poortwachter*, UWV: 2020.

Wackie Eysten, *TvA* 2011/8.

P.A. Wackie Eysten, 'Het HvJ EU over verplichte guitengerechterlijke geschiloplossing (Alassini-Telecom (Italia))', *TvA* 2011/8, afl. 1.

Werkwijzer Poortwachter, Addendum versie 3 (online, laatst geraadpleegd 28-06-2020).

Werkwijzer Poortwachter, Addendum versie 3: Wet verbetering Poortwachter i.v.m. COVID-19 dd 180520 (online, laatst geraadpleegd 28-06-2020).

Wolff 2007.

D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007.

Zeijden, van der & Vogels 2019.

P. van der Zeijden & R. Vogels, *De Nederlandse Mediationmarkt*, Zoetermeer: 2019.

9. Jurisprudentielijst

Europees Hof van Justitie:

HvJ EU 18 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:146 (*Alassini/Telecom Italia*).

HvJ EU 14 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:457 (*Mening & Rampanelli*).

Hoge Raad:

HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, *Prg.* 1994/4081 (*Agfa/Schoolderman*).

HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312.

HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724.

HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7669 (*Mak/SGBO*).

Hof:

Hof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3969.

Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:202.

Hof Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4496.

Hof Den Haag 20 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2717.

Hof Arnhem-Leeuwarden 9 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8972.

Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3054.

Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4907.

Hof 's-Hertogenbosch 25 juli 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2820.

Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:228.

Hof 's-Hertogenbosch 6 februari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:372.

Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:362.

Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:362.

Hof Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:875.

Rechtbank:

Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AF5797, *NJ* 2003, 87.

Rb. Arnhem 25 mei 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU0366.

Rb. Utrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL5021.

Rb. Utrecht 21 maart 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV9146.

Rb. Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10604.

Rb. Limburg 21 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:502.

Rb. Amsterdam 3 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4265.

Rb. Limburg 16 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010.

Rb. Midden-Nederland 21 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8358.

Rb. Limburg 5 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9351.

Rb. Overijssel 26 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:675.

Rb. Limburg 19 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3589.

Rb. Midden-Nederland 21 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2440.

Rb. Noord-Nederland 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2956.

Rb. Limburg 30 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:11914.

Rb. Rotterdam 26 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3432.

Rb. Noord-Holland 18 juni 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:5374.

Rb. Noord-Holland 19 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9862.

Rb. Rotterdam 19 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10115.